UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA

CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE: PROBLEMAS NA EXECUÇÃO E NA INEXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Belém
2010

FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA

CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE: PROBLEMAS NA EXECUÇÃO E NA INEXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, como requisito para a obtenção do grau de Doutor em Direito. Orientador: Professor. Doutor Fernando Facury Scaff.

Belém
2010

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPA

Rocha, Francisco Sérgio Silva

Controle do orçamento público e o juízo de constitucionalidade: problemas na execução e na inexecução orçamentária / Francisco Sérgio Silva Rocha; orientador Fernando Facury Scaff.-Belém, 2010.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belém, 2010.

1. Orçamento – Legislação. 2. Controle de constitucionalidade. 3. Direito financeiro. I. Scaff, Fernando Facury. II. Universidade Federal do Pará. Instituto de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. I

CDD: 341.383

FRANCISCO SÉRGIO SILVA ROCHA

CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO E O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE: PROBLEMAS NA EXECUÇÃO E NA INEXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA

Data da aprovação_____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____**Orientador**

Membro

_____

Membro

_____

Membro

_____

Membro

_____

Membro

AGRADECIMENTOS

É hora de agradecer.
Inicialmente, aos professores e colegas da Pós-Graduação em Direito da UFPa, pelo muito que me ensinaram ao longo do nosso período de convivência. Os debates e questões colocadas ao longo do curso serviram para formar um pensamento sobre o modo de ver o Direito, que não teria sido alcançado sem este contato.

Ao meu orientador, pela paciência e cuidado com que se houve nesta pesquisa. Parece cediço afirmar que o orientador foi fundamental, porém nesta hipótese, nada seria mais verdadeiro. O Professor Fernando Scaff foi essencial em minha vida acadêmica e na elaboração deste trabalho. Suas aulas e conversas encontram-se espelhadas em várias das páginas desta pesquisa, sendo elas a fonte de inspiração. Os erros e os equívocos, porventura existentes, devem ser a mim atribuídos.

Por fim e principalmente, agradeço a minha esposa, Nazaré Rocha, parceira de todos os momentos e companheira nas discussões deste trabalho. Sem sua paciência, para as longas ausências, não teria concluído este curso. Às minhas filhas, Caroline, Larissa e Catarina, fontes de permanente inspiração e razões de meu viver. Aos meus pais e irmãos, esteio de tudo que sou.
Nada teria sido possível sem vocês.

Beren a Lúthien:

Adeus doce terra e céus do norte, eternamente abençoados
pois aqui esteve e aqui com ágeis passos correu,
à luz da lua, À luz do sol,
Lúthien Tinúviel,
mais bela do que pode dizer a língua dos mortais.
E mesmo que o mundo caia em ruínas,
que se dissolva e seja lançado de volta,
desfeito no caos primordial, ainda assim foi boa a sua criação...
o amanhecer,o anoitecer, a terra, o mar...
Para que Luthien por um tempo existisse!
JRR Tolkien – Silmarillion

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é discutir a natureza jurídica do orçamento público e demonstrar, a partir da evolução histórica do instituto e a posição constitucional do sistema orçamentário na Constituição Federal, a viabilidade do manejo do controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, em defesa da opção parlamentar materializada na legislação do orçamento. O orçamento público concebido como um instituto histórico, desenvolvido a partir de uma realidade definida e respondendo a perguntas de um determinado tempo e lugar. A reprodução de um modelo desvinculado de nossa realidade e sua superação pelo sistema constitucional que assume sua forma final na Constituição de 1988. O orçamento como um conjunto de legislação integrada a partir da Constituição, materializando uma opção parlamentar de política pública, que deve ser implementada, mercê do reconhecimento e implementação dos direitos fundamentais expressos na Constituição. A possibilidade de controle como integrante de um modelo de controle da atividade política/administrativa. Controle jurisdicional como derradeiro aval da opção parlamentar na modalidade de implemento de política desejada, inobstante a possibilidade, sob determinadas circunstâncias, de se negar o desejo majoritário, expresso sob a forma legislada, na preservação dos direitos constitucionais das minorias.

Palavras-chave: Leis orçamentárias;Controle de constitucionalidade.

ABSTRATC

This paper aims to discuss the legal nature of the government (public) budget, as well as to demonstrate the viability of judicial review of the budgetary laws, as a counter part to the parliamentary option embodied by the government budget. This is achieved through the analysis of the historical evolution of this institute and the constitutional jurisprudence in relation to the budgetary system as is determined by Federal Constitution. The public budget conceived as a historical institute is developed from particular reality and to answer questions from a particular time and place. In Brazil, the reproduction of a model of creating such laws that was customarily detached from reality. The overcoming of this described system is only finally completed by the 1988 Brazilian Constitution. The budget is perceived as a set of integrated legislations derived from the Constitution, materializing a parliamentary option of a public policy that should be implemented, however this political choice is subjected to the recognition and implementation of fundamental rights expressed in the Constitution. Here lies the possibility of control as part of a model for control of political/ administrative activities. The judicial review acts as a ultimate level of approval for the Parliament's options as translated by the chosen forms of implementing generally wanted public policy. Granted that under certain circumstances the court may deny the desire of the majority - expressed as legislation - in pursue of the preservation of constitutional rights of minorities.

Key-Words: Budgetary laws; Judicial control of law.

SUMÁRIO

1 **INTRODUÇÃO** **10**

2 HISTÓRICO DO ORÇAMENTO PÚBLICO **21**

2.1 PREÂMBULO **21**

2.2 A NATUREZA DO ORÇAMENTO PELA CRISE PRUSSIANA E A IMPORTÂNCIA DE PAUL LABAND. **30**

2.2.1 O princípio monárquico **39**

2.2.2 A crise prussiana e sua solução **43**

2.3 A EXPORTAÇÃO DO MODELO LABANDIANO **47**

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **60**

3 O ORÇAMENTO COMO MECANISMO DE PLANEJAMENTO E DE CONTROLE DOS RECURSOS PÚBLICOS **87**

3.1 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO **87**

3.2 MODELO DE ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - FORMAÇÃO DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO **102**

3.2.1 Plano Plurianual **104**

3.2.1.1 Processo de elaboração do PPA **110**

3.2.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias **112**

3.2.2.1 O processo de elaboração da LDO **115**

3.2.3 A Lei de Orçamento Anual **117**

3.2.3.1 O processo de elaboração da LOA **117**

3.2.4.2 O problema da não-aprovação da LOA **123**

3.3 O CONTROLE DO ORÇAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA **124**

3.3.1 O controle interno **129**

3.3.2 O controle externo.....135

4 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE JUDICIAL DA NORMA ORÇAMENTÁRIA. 142

4.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E SUA GARANTIA. 142

4.2 O SURGIMENTO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....143

4.2.1 A evolução do sistema brasileiro 145

4.2.2 A introdução do sistema de controle abstrato no ordenamento brasileiro 152

4.2.3 O sistema de controle de constitucionalidade na constituição de 1988 .155

4.3 O CONTROLE DAS NORMAS DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF.....169

4.3.1 Decisões anteriores a outubro de 1988.....171

4.3.1.1 A formação da jurisprudência e a recusa ao controle judicial.....171

4.3.2 Decisões proferidas de 1988 até dezembro de 2003.....178

4.3.2.1 A definição da jurisprudência e a recusa ao controle abstrato das leis formais.....178

4.3.2.2 A recusa a apreciação abstrata das normas orçamentárias e a existência de exceções 188

4.3.2.3 A suspensão condicional da eficácia da norma em face da legislação do orçamento 193

4.3.2.4 A alteração da jurisprudência e a admissão do controle abstrato de constitucionalidade das normas orçamentárias.....198

4.3.3 Decisões proferidas a partir de janeiro de 2004 206

5 O CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES À VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR E DO ADMINISTRADOR NA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO. 230

5.1 O ORÇAMENTO COMO NORMA E SUA CONTROLABILIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO 230
5.1.1 A questão do equilíbrio no orçamento público 232

5.2 A PERSPECTIVA DE CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO 237
5.2.1 Elaboração do orçamento e a vinculação de receitas 238
5.2.2 Vinculação na elaboração do orçamento e os precatórios judiciais 242
5.2.3 A elaboração do orçamento e a distinção entre as despesas discricionárias e vinculadas 247
5.2.4 A perspectiva de controle pela inação na inclusão de despesas obrigatórias na formação do orçamento 255
5.2.5 A possibilidade de atuação judicial na formação do orçamento 263

5.3 CONTROLE NA EXECUÇÃO DA NORMA ORÇAMENTÁRIA **..... 268**
5.3.1 A plena execução do orçamento e a possibilidade de controle 269
5**.3.2 Doutrina pertinente à vinculação na execução do orçamento** 274
5.3.3 A distinção entre despesas discricionárias e vinculadas na execução do orçamento 278
5**.3.4 A execução e o equilíbrio do orçamento público** 283
5.3.5 Vinculações sob a forma de repasses obrigatórios. 288
5.3.6 Vinculação na execução orçamentária dos precatórios judiciais 297
5.3.7 Baliza à atuação judicial no controle da execução orçamentária 304
5.3.7.1 O controle da norma do orçamento e o direito à saúde 310

6 CONCLUSÃO 325

REFERÊNCIAS 329

1 INTRODUÇÃO

A questão relacionada à controlabilidade judicial do orçamento público se revela uma das mais intrigantes dentro da seara que une o direito financeiro e o direito constitucional em um ordenamento que explicita a regulação de um Estado democrático de direito. O modo de elaboração, o funcionamento e as atribuições do orçamento têm variado ao longo dos anos, acompanhando a evolução histórica do Estado. O presente trabalho possui por objetivo evidenciar as novas funções assumidas pelo orçamento perante o Estado contemporâneo e discutir em que medida o orçamento está passível de controle pelo Poder Judiciário na sua elaboração e execução.

A presente tese está organizada em quatro capítulos. O primeiro deles pretende, contextualizar o orçamento no processo histórico, de sorte a demonstrar sua evolução ao longo dos tempos e as modificações decorrentes das novas funções assumidas por conta das necessidades históricas e um papel a cumprir em cada momento e local. Partimos do momento de ruptura causado pela queda do Império Romano do Ocidente e a substituição da estrutura estatal do império pelo sistema feudal. Discutiremos a gênese do orçamento e o modo como se impõe, assumindo a feição de ferramenta de controle da atividade do monarca e assegurador de um modelo de supremacia parlamentar que se instala na Europa a partir da substituição do absolutismo monárquico. O orçamento público surge em um contexto de afirmação da supremacia parlamentar em relação ao monarca absolutista, diferenciando o tesouro público e privado e estabelecendo limites à atuação do Estado na realização de despesas, custeadas a partir dos valores arrecadados da sociedade. Neste sentido, sua função era nitidamente de controle da atividade pública, amparado na necessidade de aprovação da proposta pelo órgão parlamentar. Para tanto, verificamos a experiência histórica da Inglaterra e França em suas semelhanças e diferenças, caracterizando o orçamento como instrumento de controle de um estado liberal, baseado na separação orgânica dos poderes.

Ainda no primeiro capítulo iremos tratar de uma anomalia. A paradoxal crise prussiana, bem como sua resolução, traz um componente autoritário à tese do orçamento, afirmando sua natureza de lei em sentido apenas formal, negando a vontade do Parlamento em face do monarca constitucional. O paradoxo reside na formulação de um instrumento de conteúdo liberal, assentado na supremacia parlamentar, em um sistema político/jurídico de uma monarquia constitucional limitada, gerando uma crise entre a monarquia e o Parlamento. A crise se resolve na superação do impasse pelo tempo, sem demonstrar claramente a afirmação do poder do monarca ou do Parlamento no enfrentamento na discussão da condução do Estado perante o juízo parlamentar do orçamento apresentado. Todavia a tese difundida, a partir desta experiência, procura afirmar a supremacia do governante, considerado este como administrador, na implementação do orçamento aprovado, sob a afirmativa da inexistência de direito subjetivo a partir do orçamento. Parece claro que o pressuposto anterior à crise prussiana não afirmava o orçamento como lei, capaz de viabilizar direito subjetivo, porém a concepção desenvolvida a partir desta experiência afirma uma autonomia do administrador em face do legislador na criação e implementação da peça orçamentária, formalmente aprovada pelo corpo legislativo, porém materialmente um ato da administração. A concepção do orçamento baseada na experiência prussiana é teorizada por Paul Laband e se difunde na Europa ocidental, influenciando outros ordenamentos, que absorvem as conclusões relativas à natureza jurídica do orçamento, sem a pertinência com as condições históricas que presidiram a solução da crise na Prússia. Nosso estudo irá considerar o modo como esta concepção se insere na doutrina francesa e como esta doutrina se espalha, a partir da França, para o Brasil.

No mesmo capítulo, procurar-se-á demonstrar que esta doutrina, embora reconhecida e aceita, não possui amparo, ante os pressupostos de fato que a consubstanciaram e, muito menos, ante a disciplina constitucional do sistema de orçamento. Para tanto, vamos procurar demonstrar a evolução do tratamento do tema em nossas constituições, evidenciando a mudança do perfil do orçamento público. Evoluindo de uma posição de mero instrumento de controle, para agente materializador e viabilizador de políticas públicas, sejam elas econômicas ou sociais.

O segundo capítulo irá discutir as funções do orçamento, enquadrando-o dentro de um modelo de Estado e de Constituição que se instala a partir da crise capitalista de 1929, e o papel da teoria Keynesiana para a economia, com destaque para o implemento de uma política de explícita intervenção do Estado no domínio econômico. O desenvolvimento social e econômico exige um Estado bem organizado e estruturado, de sorte a impor a existência de instituições que atuem no mercado e na sociedade de modo a conduzir e induzir comportamentos no sentido da construção de uma sociedade livre justa e solidária (art. 3º da CF).

O orçamento torna-se instrumento da realização de nova forma de atuação do Estado, substituindo a tradicional noção de proporcionar o controle político das atividades governamentais e alcançar o equilíbrio financeiro por meio do manejo dos recursos públicos, tanto no ingresso, como nas despesas públicas. A noção moderna do orçamento volta sua função para a obtenção do equilíbrio da economia como um todo, pelo ajuste dos fluxos de receitas e despesas públicas em função das flutuações da atividade privada, com vista à realização de esperado nível de emprego e de renda. A crise de 1929 e o processo político que se estabelece no primeiro quartel do Século XX acarretam o surgimento de um novo tipo de Estado, marcado por uma postura propositiva e voltado para a tarefa de conduzir a sociedade para a realização de objetivos que o poder constituinte elegeu como metas; assume uma postura intervencionista com a edição de regras e princípios que conduzem a sociedade para determinada direção. A assertiva básica deste modelo é a realização de um princípio de igualdade real, com a atuação do Estado para sua efetivação.

A mudança do foco da igualdade formal, típica do modelo constitucional do Estado Liberal, para a igualdade real, preocupação do modelo constitucional do Estado Social, implica a atuação estatal com e sobre a sociedade para o estabelecimento de políticas que efetivem os valores postos na Constituição como metas a serem atingidas, dentre as quais, destaca-se a necessidade de atuação do Estado no implemento dos direitos fundamentais sociais. A realização desses direitos será efetivada considerando a necessidade da programação e previsão dos investimentos públicos, alocando recursos no orçamento para sua execução.

O planejamento e a programação de investimento público implica a adoção de um sistema que ultrapasse a norma orçamentária anual, efetivando um planejamento de maior curso. Nosso sistema orçamentário é estruturado segundo esta perspectiva. A Constituição Federal de 1988 criou um sistema articulado de normas dotadas de imperatividade, de modo a permitir um planejamento em função dos objetivos elencados na norma constitucional. Como parte do sistema temos a obrigatoriedade do planejamento de médio prazo, afirmando a imperatividade da norma que aprova o Plano Plurianual -- PPA; o envolvimento do Legislativo na fixação de metas e prioridades para a administração pública e na formulação das políticas públicas de arrecadação e de alocação de recursos, observando as disposições constitucionais que informam a criação da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO); e o desdobramento da Lei Orçamentária Anual (LOA) em três orçamentos distintos: Orçamento Fiscal, Orçamento de Investimentos das Empresas Estatais e Orçamento da Seguridade Social, dentro da mesma lei orçamentária. O modo como surgem tais normas, sua especial criação e problemas decorrentes da tramitação no Parlamento vão ser objeto de nossa reflexão, com o objetivo manifesto de demonstrar a existência de uma correia de transmissão entre as opções materializadas pelo planejamento, sob a forma do Plano Plurianual, até o detalhamento da execução na Lei Orçamentária Anual, passando pela Lei de Diretrizes Orçamentárias em um sistema harmônico e integrado que busca materializar uma planejada orientação estatal.

A complexidade do sistema de norma orçamentária e sua função de instrumentalizar o planejamento estatal, não excluí sua tradicional função – o controle de legalidade da aplicação dos recursos públicos pelo órgão/entidade encarregado da execução do orçamento. A fiscalização genérica dos atos do Poder Público compreende a atividade financeira do Executivo e, na especialidade, o procedimento dos organismos públicos na execução do orçamento aprovado. O controle desta atividade cabe, em princípio, a todos os cidadãos, pelos meios processuais hábeis à fiscalização da atividade estatal. Contudo, cabe prioritariamente à própria Administração Pública e ao Parlamento, sendo nossa tarefa verificar o modo como é efetivada em nosso ordenamento jurídico.

A tese distingue o controle interno, realizado pelo órgão integrante da Administração Pública, e o controle externo, realizado pelo Parlamento, com o auxílio do Tribunal de Contas. Pretende-se discutir o modo como se organiza o controle interno e a evolução dos sistemas de controle em nosso ordenamento, com destaque para os instrumentos de controle interno situados no interior dos Poderes Legislativo e Judiciário. O controle externo é atribuição do Poder Legislativo, desenvolvido pelo seu Plenário e Comissões, com destaque para a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, com o apoio do Tribunal de Contas da União. Nesta tarefa de fiscalização, tratar-se-á da verificação das contas prestadas por todos aqueles que guardam ou administram valores públicos e da realização do controle político, materializado no acompanhamento e verificação da pertinência entre a ação governamental e os planos e projetos aprovados pelo sistema político de tomada de decisões, observados os mandamentos da Constituição Federal, ensejando a responsabilização política do Presidente da República, mercê do cometimento do crime de responsabilidade.

A discussão finalizada neste capítulo retrata a existência de um nível de controlabilidade do orçamento público, limitada aos órgãos internos e ao Parlamento. Estes controles coexistem com a possibilidade de verificação realizada pelo Poder Judiciário. O controle judicial será estudado no terceiro capítulo.

Principiaremos pela caracterização do surgimento dos sistemas de controle de constitucionalidade, tendo como marco inicial a experiência jurisprudencial americana, consubstanciada no caso Marbury v. Madison. A influência desta decisão e o modo como nosso sistema legal recebeu a interpretação americana será tratada na evolução do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Partindo da experiência republicana na Constituição de 1822, vamos perquirir como o controle de constitucionalidade se desenvolveu como experiência constitucional, sempre calcado no sistema de controle difuso de constitucionalidade até a gênese do sistema misto, consubstanciado na modificação, trazida pela Constituição de 1934, relativa à possibilidade de transformar em efeito geral a deliberação realizada no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal. O retrocesso constitucional da Constituição de 1937 será igualmente abordado, de modo a ressaltar o contraste

com os elementos anteriores, especialmente no que concerne à possibilidade do desfazimento da declaração de inconstitucionalidade, proferida pelo STF, em face da deliberação parlamentar, que acabou sendo a pura deliberação do Presidente da República, mercê das praticas autoritárias daquele período. A seguir, será abordada a restauração constitucional em 1946 e o modo como a ideia de controle concentrado de constitucionalidade adentra em nosso sistema, caracterizada pela possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de lei estadual como pressuposto do ato de intervenção, podendo limitar-se à mera suspensão da vigência da lei pelo Congresso Nacional.

A prevalência do sistema de controle difuso de constitucionalidade é questionada com a formal introdução da ação direta de inconstitucionalidade, ainda no regime da Carta Política de 1946. A Emenda Constitucional nº 16/1965 introduziu, dentre as atribuições do STF, competência para apreciar ação de representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, por iniciativa do Procurador Geral da República, de caráter concentrado, sem prejuízo do controle difuso de constitucionalidade. Será discutido o impacto desta nova forma de controle na jurisdição constitucional, especialmente tendo em consideração a limitada legitimidade ativa que atribuía ao procurador Geral da República a exclusiva titularidade deste tipo de ação.

A ampliação do sistema de controle concentrado de constitucionalidade pelo advento da Constituição de 1988 impõe um novo olhar sobre a relação entre os dois métodos. A elevação dos meios processuais possíveis ao controle concentrado e, especialmente, a modificação qualitativa e quantitativa dos legitimados para sua propositura faz crescer a importância do controle abstrato. Esta importância foi seguidamente explorada pela introdução de novas classes processuais (ADC), regulamentação de classes já existentes (ADPF e ADO) e ampliação legislativa dos poderes do STF, com a evidente finalidade de tornar plena a jurisdição constitucional abstrata. O sistema de controle difuso de constitucionalidade também foi modificado ao pálio da atual Constituição. O sentido desta modificação será estudado para perquirir o impacto global na forma como coexistem as ações de controle.

A caracterização e exposição do modo como evoluiu o controle de constitucionalidade, especialmente em relação ao método concentrado preparará caminho para verificar como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem tratado a possibilidade de controle de constitucionalidade das normas do orçamento. Assim, procedemos à divisão da jurisprudência em três grupos: o primeiro aprecia a jurisprudência até a vigência da Constituição Federal de 1988; o segundo grupo irá discutir a sua evolução, considerando o termo final de dezembro de 2003; finalmente, o terceiro grupo irá verificar como as decisões proferidas, a partir de janeiro de 2004, têm considerado a possibilidade e o alcance do controle abstrato de constitucionalidade das normas do orçamento. A seleção destas datas busca refletir três momentos na composição do STF, com ênfase à forte mudança de composição que ocorre a partir de junho de 2003[1], que irá repercutir no ano de 2004.

Observar-se-á o modo como o STF tem considerado o controle de constitucionalidade deste tipo especial de norma jurídica, partindo de uma posição de recusa extrema ao controle, mesmo que difuso; passando por uma admissão do controle difuso e um óbice ao concentrado; atingindo a admissão de controle concentrado, por exceções e; finalmente, culminando com a possibilidade de sindicabilidade da norma do orçamento, considerando que o método concentrado se afigura como o mais indicado. Para cada período são selecionados julgados que refletem a posição esposada pela Corte, analisando quais os argumentos prevalentes em cada período e como as decisões são justificadas pelos ministros. Este método permite apreciar a variação no foco de preocupação da Corte e como esta mudança de foco representa a alteração no sentido do julgamento da compatibilidade constitucional das normas do orçamento.

O derradeiro capítulo visa a discutir qual o sentido possível do controle judicial da constitucionalidade das normas do orçamento. Partindo da caracterização do orçamento como norma jurídica e como instrumento geral de efetivação de políticas

[1] Em junho de 2003 três novos ministros passam a compor a Corte. As alterações se sucedem de sorte que, no presente tempo (setembro/2010), apenas quatro ministros são oriundos do período anterior.

públicas, a tese vai tentar refutar alguns argumentos atinentes a uma visão “neutra” da norma orçamentária, buscando o sentido de mecanismo para a materialização de opções políticas que podem estar harmônicas ou desarmônicas com o texto constitucional. Esta materialização ocorre tanto no processo de formação do orçamento, como durante sua execução.

Relativamente à formação do orçamento, é nosso objetivo sustentar a existência de limites materiais ao administrador e legislador na formação do orçamento, seja pela vinculação de receitas, seja na alocação de recursos para satisfação de despesas, como é a hipótese da necessidade de previsão de recursos para pagamento dos precatórios judiciais. Estes limites serão retratados como balizas constitucionais à conformação do orçamento e, uma vez descumpridos, vulneram a norma ao controle de constitucionalidade. Juntamente com estes limites materiais, trataremos da possibilidade de vinculação na elaboração do orçamento em face da inação na formação do orçamento em relação a despesas consideradas obrigatórias, sustentando a afirmativa de que Executivo e o Legislativo, na montagem do orçamento, possuem o dever de corresponder necessidade e recurso, prendendo caracterizar como desarmônica com o mandamento constitucional a alocação de recursos manifestamente insuficientes para atendimento das necessidades que devem ser cumpridas pelo orçamento.

Ante estas premissas pretendemos delimitar a possibilidade de intervenção judicial no processo de formação do orçamento, discorrendo sobre os precedentes do STF a respeito da matéria e as razões de sua adequação/inadequação para efetivar o comando constitucional. Neste sentido, daremos ênfase especial à existência de prévia decisão política constitucional quanto ao modo como será formado o orçamento e à necessidade de cumprimento desta decisão pelos órgãos políticos, pretendendo considerar a existência desta decisão como uma baliza importante para delimitar a área de atuação do poder judicial.

Considerada a possibilidade de controle na formação do orçamento, vamos procurar apreciar a forma como o orçamento poderá ser objeto de controle no decorrer da execução orçamentária. Partiremos do equívoco relativo à necessidade

da plena execução do orçamento, para caracterizar a necessidade da vinculação do ato de execução orçamentária, de sorte a propiciar o controle dos motivos que o determinaram. Neste sentido, o ato da execução orçamentária pode ser apreciado sob a ótica do ato administrativo, atraindo a verificação de compatibilidade entre o ato e os fundamentos de sua realização de sorte a determinar sua validade. Sob esta premissa, trataremos da existência da necessidade pública e da decisão política no sentido de sua satisfação, atraindo o controle judicial pela inexecução orçamentária desfundamentada ou sob falso fundamento.

A pretendida demonstração da possibilidade de controle não prescinde da verificação da existência de limites constitucionais para ao implemento de mecanismos de contingenciamento das rubricas orçamentárias e a possibilidade de atuação judicial pelo ato exorbitante, seja em consideração aos limites postos na Constituição, seja em perspectiva do limite de ajuste estabelecido na LDO. No mesmo sentido está a possibilidade de limitação da atuação em face da existência de repasses obrigatórios, em cotas mensais, dos valores contidos no orçamento, para o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público e para a Defensoria Pública; a execução de precatórios judiciais e ainda a existência de repasses obrigatórios relativos às vinculações constitucionais de receitas que abrangem o custeio de ações e serviços públicos na área da saúde e na educação. A medida da possibilidade de controle de atos que alterem a norma orçamentária será objeto de nossa reflexão, com a intenção de fixar parâmetros de atuação dos mecanismos de controle, com a possibilidade de caracterização do cometimento de crime de responsabilidade do gestor responsável e a correção judicial do ato violador da lei do orçamento.

Neste sentido tratamos da questão relativa aos limites da função judicial de controle das normas orçamentárias. Assim, vamos tratar da possibilidade de controle judicial em dois planos concomitantes: a constitucionalidade e a legalidade.

O plano da constitucionalidade tratará da verificação da conformação do orçamento ou de sua execução em relação com as normas constitucionais que regulamentam a realização da despesa pública, observados os próprios parâmetros

constitucionais de aplicabilidade, de sorte a preservar a normatividade da Constituição Federal, tendo em vista a expressa decisão do poder constituinte em definir procedimentos no texto da Constituição. Assim, a existência de balizas constitucionais definidas autoriza a atuação do Poder Judiciário, inclusive sobre o procedimento de execução do orçamento, invalidando o ato legislativo ou administrativo que viole a Constituição. A mesma sorte afigura a verificação da constitucionalidade de determinada política pública, desenvolvida em contrariedade aos preceitos constitucionais, provocando a invalidade da norma orçamentária que contemple a política violadora da Constituição. Assim, o controle a ser realizado pelo Poder Judiciário deve incidir sobre a política eleita pelos órgãos legitimados para a realização das escolhas políticas que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo e o modo como esta política é desenvolvida em função da norma orçamentária que materializa, no plano da alocação de recursos, a escolha realizada. Se a política escolhida é compatível com a Constituição Federal, se o orçamento está formado em consonância com esta opção e se a norma orçamentária está sendo cumprida corretamente pelos órgãos administrativos encarregados de sua execução, não existe a possibilidade da intervenção judicial para modificar o rumo da atuação dos organismos do Estado, em sentido contrário, a atuação judicial se impõe em defesa da Constituição.

O controle da legalidade irá conformar a legislação do orçamento em sentido ligeiramente diverso. Buscará caracterizar a opção política na conformação do orçamento e defender sua legalidade em face de possível atuação na execução orçamentária que tenda a negar sua normatividade. Neste sentido, a atuação judicial implicará a defesa da opção do legislador na formação do orçamento, defendendo sua legalidade e normatividade sobre a atuação do administrador público, em consonância com as opções existentes no orçamento e reconhecidas como alternativas válidas ao final do processo legislativo. Assim, retorna-se à concepção do orçamento como lei em sentido material e formal, com a aptidão de regular a conduta estatal e gerar direito subjetivo na hipótese de descumprimento de seus termos. Assim, o controle do orçamento emerge como apto a afirmar a vontade do Parlamento, recusando a posição de espectador no momento posterior à aprovação

da lei orçamentária e viabilizando a observação comparativa entre o aprovado e o efetivamente cumprido pelo gestor público.

Neste trabalho se busca reconhecer a possibilidade de controle da formação e execução das normas orçamentárias em relação aos parâmetros definidos por opções políticas claras. Inicialmente perante a Constituição, ante a manifesta emanação da vontade do Poder Constituinte e, posteriormente, perante a própria norma orçamentária, seja no sentido de preservar o orçamento de aplicação de recursos em sentido diverso do que determina a norma infraconstitucional, seja no sentido de compelir o administrador a cumprir os ditames do orçamento procedendo às despesas nele previstas em função dos direitos que a norma visa a resguardar e/ou a implementar.

2 HISTÓRICO DO ORÇAMENTO PÚBLICO

2.1 PREÂMBULO

A noção da existência de um mecanismo que, como consequência de um determinado desenvolvimento histórico, veio a constituir o que atualmente chamamos de orçamento público, está originalmente vinculada ao controle do poder pelos corpos representativos.

É possível identificar elementos de sua formação desde a Baixa Idade Média, quando a peculiar forma de organização política, resultante da fusão entre instituições romanas e germânicas, implicava a existência de ampla autonomia exercida pelos senhores feudais em relação à realeza, possibilitando o manejo de instrumentos para limitar o poder do monarca pelo controle exercido na arrecadação de imposto[2]. Esta modalidade de controle, típica do regime feudal, desaparece em decorrência da evolução histórica que culmina com o surgimento do absolutismo monárquico e a decorrente simbiose entre o caixa público e o privado do monarca, ressurgindo posteriormente com uma roupagem completamente modificada..

A relação existente entre a Coroa, nominalmente senhora da terra, e os senhores feudais, usufrutuários de direito e proprietários de fato, favorecia a fluência de uma tributação em que o poder permanecia nas mãos dos senhores feudais, mantendo o instituto da realeza por meio de um espêndio necessariamente limitado,

---

[2] No que concerne à experiência do momento de transição do Império Romano para a monarquia visigótica a partir das invasões germânicas na Península Ibérica, especialmente no estabelecimento da distinção entre o patrimônio do Rei e os domínios da Coroa, ver Fernando Sainz de Bujanda: Hacienda y Derecho. Vol I. Instituto de Estudios Politicos. Madri. 1962. Este autor também defende, a partir do desaparecimento do Império Romano, com a formação do sistema feudal de organização política, o surgimento do princípio da legalidade, como ordenação política da Fazenda Pública, a partir da resistência dos contribuintes à taxação, em que o súdito se dá conta de que sua participação no exercício do poder, contribuindo para a direção política do Estado, deliberando sobre o manejo dos recursos públicos, era requisito indispensável para não ser vítima da opressão fiscal, op cit., p. 195.

cuja ampliação dependia da concordância dos estamentos[3]. A Magna Carta Inglesa[4], que estipulou limites à atuação da realeza, inclusive no que concerne às hipóteses de taxação, é um exemplo da resistência destes estamentos à taxação requisitada pela Coroa. Neste documento verifica-se a previsão de limites ao poder de tributação do rei e o estabelecimento de privilégios parlamentares na deliberação a respeito de tributação.

Este movimento encontra sua interrupção durante o absolutismo monárquico[5]. O fortalecimento da Coroa em detrimento da nobreza, com a concentração das terras senhoriais nas mãos do Rei e a possibilidade de financiamento de uma estrutura pública, da qual se destaca o ressurgimento do exercito profissional (desta vez nacional) propicia a concentração de poderes à Coroa (HOBSBAWAM, 1994). O absolutismo permite o surgimento do Estado Nacional e decorre de um conjunto de situações que principiam seu desenvolvimento a partir da segunda metade do século XIII (BUJANDA, 1962).

Faz parte deste processo o crescimento das cidades e a afirmação de seu potencial mercantil a partir da IV Cruzada, sobretudo após a reabertura do Mar Mediterrâneo ao comércio das cidades europeias, principalmente italianas (GALGANO, 1980). Isto possibilitou o surgimento de uma classe social composta por artesões e mercadores, a qual passa a possuir uma influência cada vez maior nesta sociedade, pois o comércio ressurge como elemento dinâmico da economia, propiciando uma acumulação que supera a terra como primordial fator de riqueza, promovendo uma concentração de riqueza nas mãos desta nova classe social (HUBERMAN, 1981). O enfraquecimento da nobreza decorrente do fracasso das Cruzadas e o esgotamento do sistema feudal de produção levou à migração dos

---

[3] Na França, a convocação por Luís XVI da reminiscência deste instituto feudal – os Estados Gerais, cuja criação remonta ao ano de 1314, com a intenção de elevar a cobrança de impostos provoca a eclosão da Revolução Francesa e a conversão do Terceiro Estado em Assembleia Constituinte (Baleeiro). Sobre o papel destas Assembleias feudais, especialmente na Espanha e Portugal, ver Sainz de Bujanda, p. 242 e seguintes.

[4] Neste sentido ver Baleeiro (2004, p.413-416) que encontra traços do procedimento orçamentário na Espanha medieval (1091 sob Afonso VI) e na França nos anos de 1313, 1377 e 1382.

[5] Sainz de Bujanda (1962, p.247) considera a existência de três fases em relação à vida do estado moderno: o absolutismo monárquico, que compreende o sistema ocorrido nos países europeus nos séculos XVI à XVIII; o constitucionalismo liberal, que se desenvolveu do século XIX ao primeiro quartel do século XX; e o totalitarismo.

servos libertados ou fugidos para os centros urbanos desenvolvidos, que passam a funcionar como polo de atração destes servos e da própria nobreza, que igualmente abandona o campo e passa a arrendar suas propriedades, obtendo desta relação o seu sustento. O fundamento destas alterações está no ressurgimento do comércio, propiciado pelo processo político de reabertura do Mar Mediterrâneo, o que permite o incremento das trocas comerciais e a concentração de riqueza junto aos mercadores, que passam a financiar a atividade do monarca.

Este financiamento permite a afirmação do poder do rei sobre o sistema feudal e o surgimento do estado nacional. O Estado-Nação substitui o sistema feudal e representa a unidade política e econômica que havia desaparecido com o fim do Império Romano. O processo de definição do território nacional e a expansão ultramarina apenas foi possível a partir do financiamento levado a cabo pelo Estado Nacional.

O absolutismo implica o surgimento de um direito nacional em contraposição aos foros e privilégios locais. Releva para os fins do presente estudo, a construção de um direito financeiro, do qual se destacam dois elementos: soberania financeira e supremacia financeira (BUJANDA, 1962). A primeira constitui a expressão da soberania política, concebida como atributo e condição do Estado; a segunda refere-se ao órgão que, dentro do Estado, corresponde à faculdade decisória da imposição de tributos e realização de gastos. Desta situação surge a afirmativa de que o conceito de soberania financeira constitui o fundamento político da Fazenda Pública Moderna[6],

Assim considerando, temos que o Rei se consolidou como titular do poder supremo do Estado, mantendo esta posição até o surgimento da Revolução Francesa, que modifica radicalmente esta situação em escala europeia.[7] Esta preponderância do rei resultou em uma atuação sem limites em matéria financeira,

---

[6] Na expressão de Bujanda. (1962, p.258)

[7] A consolidação das monarquias absolutistas ocorre de modo diferenciado dentro da realidade da Europa. A monarquia absolutista inglesa surge no século XVI e dura até 1689, quando acontece a deposição de Jaime II e sua substituição por Guilherme de Orange, com a aprovação da “Bill of Rights”. (HOBSBAWM, 1994)

decorrente da dominação política e se manifestou formalmente por meio de uma legislação resultante da vontade do monarca, substituindo o poder manifestado pelas Cortes da Baixa Idade Média.

Na Inglaterra o absolutismo não teve a mesma força e nem a duração da experiência continental. A perda dos territórios na França em decorrência da Guerra dos Cem Anos (1337/1453) e o enfraquecimento da nobreza resultante da Guerra das Duas Rosas (1455/1485) deram ensejo à construção de um reino homogêneo do ponto de vista geográfico, histórico e cultural, ao tempo que fortaleceu o poder do Rei Henrique VII (dinastia Tudor), permitindo-lhe criar uma monarquia forte, com apoio da classe média, enriquecida pela expansão marítima e comercial. O fortalecimento econômico da monarquia decorreu das riquezas advindas do confisco dos bens da Igreja Católica[8], da intervenção na circulação monetária e no ingresso de receitas decorrente do papel de árbitro em disputas continentais (BUJANDA, 1962).

O período conflituoso que se segue, com a tentativa de restabelecimento do catolicismo, coincide com um grande desenvolvimento naval e mercantil, transformando a Inglaterra em uma potência em sua época[9]. A modalidade de condução da política pela dinastia dos Tudor estava baseada na habilidosa atuação da Coroa, de sorte que os principais atos do período decorreram de decisões do Parlamento. O reinado da dinastia dos Stuart não foi tão feliz. O Rei Jaime I tentou não apenas controlar o Parlamento, mas também substituí-lo, institucionalizando o absolutismo. A reação parlamentar ocorre com a deposição e morte de Carlos I[10] e posteriormente, com a deposição de Jaime II. A assunção de Guilherme de Orange, com o nome de Guilherme III põe fim ao período absolutista e é marcado pela

---

[8] Surgimento da Igreja Anglicana pelo Ato de Supremacia, votado no Parlamento em novembro de 1534.

[9] O processo de apropriação dos bens da Igreja Católica e sua conversão em base de expansão naval e militar por Henrique VIII e os que lhe sucederam é bem descrito por Harold J. Laski (O Liberalismo Europeu).

[10] Neste período temos a petição de direitos de 1628 que impõe o consentimento do Parlamento para todos os impostos, consoante trecho a seguir: “X. They do therefore humbly pray your most excellent Majesty, that no man hereafter be compelled to make or yield any gift, loan, benevolence, tax, or such like charge, without common consent by act of parliament;”

aceitação da Bill of Rights (1689), como elemento formal pela monarquia como condição para assumir o trono inglês. (COMPARATO, 1999)

A declaração de direitos de 1689 estabeleceu que o poder de legislar e de criar tributos[11] não mais pertencia ao monarca, mas ao Parlamento, que passou a gozar de proteção especial contra atos que pudessem cercear as eleições ou o exercício das suas funções. No mesmo ano foi instituída a prática de fixar o período de validade dos impostos em um ano, ocasionando a sucessiva necessidade de convocação do Parlamento para deliberar sobre as receitas. Posteriormente, esta disposição foi alterada para reconhecer a validade dos impostos pelo período de duração do reinado, com a obrigatoriedade da convocação anual do Parlamento para conhecer e aprovar os gastos, procedimento este que é identificado como equivalente à origem do orçamento[12]. (BUJANDA, 1962)

O desenvolvimento do processo histórico inglês ocorre na direção do estabelecimento da preponderância do Parlamento em face da Coroa. Neste sentido se harmonizam os preceitos dos principais documentos históricos: Magna Carta, Petição de Direitos e Declaração de Direitos, firmando a prerrogativa do parlamento em aprovar determinada classe de tributos, seguida pela ampliação para toda a classe de tributos, chegando à necessidade da reunião periódica do órgão representativo para deliberar a respeito dos gastos públicos. É de notar que esta última disposição representa uma modificação harmônica com as praticas anteriores, porém substancialmente diversa, na medida em que estabelece o controle parlamentar sobre o gasto de modo periódico e não apenas nos momentos em que a realeza pleiteia instituir impostos novos, como figurava no modelo anterior. Já se possuía a necessidade de deliberação soberana parlamentar sobre a instituição de impostos[13], porém a conquista da declaração de 1689 é a necessidade

---

[11]Veja-se um trecho pertinente da Declaração de Direitos de 1689: “That levying money for or to the use of the Crowne by pretence of Prerogative without Grant of Parliament for longer time or in other manner than the same is or shall be granted is illegall”

[12] Com exceção dos tributos alfandegários que teriam a duração de quatro anos.

[13] O que foi evitado por Henrique VIII que utilizou as rendas decorrentes das expropriações dos bens da Igreja Católica para não ter que submeter ao Parlamento o pedido de criação de novos tributos, conforme Bujanda, (1962).

de submissão periódica dos gastos à apreciação parlamentar, que poderá livremente dizer a respeito[14].

Na França, o processo de desenvolvimento histórico seguiu um rumo bem diferente. Tal qual na Inglaterra, a consolidação territorial e o surgimento do estado nacional foram tarefas desempenhadas pela monarquia absolutista, auxiliada pelo poderio financeiro da classe média, todavia, a referência continental de absolutismo teve uma duração bem superior (a partir do início do século XVI até 1789) e uma ramificação na vida nacional que não possuiu similares na Inglaterra. O principal instrumento de controle existente era a assembleia medieval dos Estados Gerais[15], cuja convocação era realizada remotamente[16]. O Parlamento francês não possuía a capacidade de representação nacional do inglês, mantendo uma conduta submissa em relação ao Rei até o período revolucionário quando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão proclama a necessidade do consentimento do cidadão para a cobrança de tributos[17], tornando esta participação efetiva.

A existência de uma interferência para além da vontade reinante no processo de arrecadação de receitas e na realização das despesas representou momento de inflexão na instituição de mecanismo de controle da atividade real. O sistema se aprofundou com a separação entre o tesouro da coroa e as finanças do reino, de sorte que esta passou a se constituir em um objeto passível de verificação dos

---

[14] Como se pode notar pela adesão à Declaração de Direitos de 1689, o poder pertence ao povo pelo Parlamento que o concede ao rei. Não existem dúvidas a respeito da preponderância.

[15] Criados em 1314 com a função de autorizar os impostos.

[16] Depois de um período de apogeu, suas convocações foram diminuindo de sorte a ser suspensa sua convocação durante o reinado de Francisco I. Antes do período revolucionário (1789) sua última convocação havia ocorrido em 1614 (Bujanda) No reinado de Luis XVI os Estados Gerais são chamados para tentar resolver a situação financeira da Coroa francesa. O pedido de novos recursos é negado pelos Estados Gerais, pelo que o rei determina sua dissolução. Em seguida, o Terceiro Estado se declara em Assembleia Nacional declarando nulas e insubsistentes todos os impostos existentes por terem sido estabelecidos sem o consentimento da nação.

[17] Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789: Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades. Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

corpos representativos que assim, passaram a exercer uma modalidade de controle sobre a atuação do poder do soberano na condução do Estado.

A regulação era, desde então, a palavra de ordem em relação a este instituto jurídico/político. Caberia ao Parlamento autorizar a receita e observar o desenvolvimento da despesa, em certa medida. A apresentação de emendas ou modificações estava fora das atribuições do Parlamento, pois o orçamento era consagrado como prerrogativa do Executivo. O foco estava na existência de um mecanismo de controle da gestão que pertence ao soberano ou governante.

O Executivo deveria apresentar sua proposta ao Parlamento que a poderia aprovar ou rejeitar globalmente, sem possibilidade de apresentar uma alternativa. Esta concepção do processo orçamentário estava calcada na necessidade da realização do controle dos atos do Executivo, personificado na figura do monarca. Sobre os atos do monarca recaia o controle parlamentar, de sorte a marcar, na Inglaterra, o princípio da preponderância do Parlamento.

Parece ser verdadeiro que esta estrutura não se assenta, pelo menos neste momento, na separação de poderes, mas sim, encontra fundamento no princípio típico do sistema político inglês da preponderância do Parlamento e no seu papel de controle da atividade real.[18] Diversamente da doutrina clássica de separação de poderes, o sistema político inglês assegura a noção da supremacia parlamentar, com interdependência entre Parlamento e Monarquia. O rei era inviolável e estava isento de responsabilidade perante o Parlamento, porém seus ministros respondiam criminalmente perante as câmaras parlamentares[19].

A atuação do governo – do Executivo − é controlada pelo Parlamento. A medida deste controle vai variar, conforme cada específico desenvolvimento político

---

[18] A Revolução Gloriosa marca o destronamento de Jaime II (1689), e a consolidação da supremacia parlamentar ocorre com a assunção ao trono de Guilherme de Orange que se compromete, com o juramento dos monarcas ingleses a respeitar as leis do Parlamento e os costumes do País.

[19] Este sistema político serviu de base para o desenvolvimento do pensamento liberal que viria a ser implantado na França a partir da Revolução de 1789. A separação de poderes, como ferramenta desenvolvida pelo estado burguês, ganhou destaque a partir da Revolução Francesa, cujo ideário se expande pela Europa.

dos diferentes estados. Porém, em maior ou menor grau, os estados europeus são fortemente influenciados por este modelo.

É evidente a diferença entre o desenvolvimento dos modelos na França e na Inglaterra. Nesta última, a revolução burguesa, que ocorreu no século XVII, não teve o impacto social que se verificou na França, mesmo considerando a execução de Carlos I (1648), deixando de provocar o rompimento social que ocorreu na Europa continental. Desta forma, os modelos estão ligados na origem, mas se desenvolveram de modo diferente, mercê de suas realidades históricas[20].

A constatação do caráter instrumental do princípio da separação de poderes não exclui sua utilidade para a preservação de direitos da totalidade das gentes e não apenas da burguesia. Notável avanço em relação às estruturas de poder anteriores permitiu, ante a capa ideológica da universalidade dos direitos, a preservação e o desenvolvimento de direitos incompatíveis com o regime absolutista. Para os fins do presente estudo, é de destacar a adoção do princípio, de que a atividade administrativa compete ao Executivo, cabendo ao Parlamento o papel de controle pela legalidade, protegendo a sociedade contra o arbítrio.

Como inicialmente afirmado, a noção de orçamento, como atividade do governante, controlado por um corpo de representantes, nasce na Inglaterra e se desenvolve a partir do modelo de constitucionalismo decorrente do ciclo de revoluções burguesas[21].

Assim sendo, é possível afirmar que a origem do orçamento está ligada à ideia de controle da atividade do Executivo pelo Parlamento, como meio de impor limites ao poder, em respeito ao direito dos cidadãos. Sua vinculação ao liberalismo

---

[20] Para melhor desenvolvimento desta questão, remeto à leitura de Hobsbawm. (1994).

[21] Revoluções burguesas é a denominação para um ciclo revolucionário, que principia com a Revolução Inglesa (1688), passa pela Revolução Americana (1776) e culmina com a revolução Francesa (1789), dando origem ao Estado Constitucional. Este por sua vez, surge como Estado Liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto interna (pela sua divisão), como externamente (pela redução ao máximo das suas funções perante a sociedade), no dizer de Jorge Miranda (47). Para interessante visão do processo de surgimento deste tipo de Estado e do modelo de constituição respectiva, veja Victor Nunes Leal (V. N. Leal, A separação de poderes nos quadro político da burguesia)

como doutrina política está bem evidenciada pela imposição de limites à atuação estatal e pelo respeito à separação de poderes.

É a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão o documento que fixou os princípios que inspiraram a formação da noção de orçamento na França, consoante a disposição de seus artigos 13 e 14[22]. Estes dispositivos delimitam a necessidade da arrecadação de valores para o custeio da força pública e das despesas da administração, além de estabelecer o direito dos cidadãos de verificar a necessidade da despesa e acompanhar seu emprego. Nítida é a noção do orçamento como elemento para efetuar o controle das despesas da administração pelos cidadãos ou pelos órgãos representativos, ou seja, o controle da atividade estatal pelos representantes do povo, enquanto titular extremos dos poderes de soberania.

Consideramos que esta noção de orçamento possui um alcance liberal. Prevê a necessidade do estabelecimento de mecanismo de controle da atividade executiva, tendo sido implementada como uma conquista em relação ao monarca absolutista, afirmando o poder dos corpos representativos. O desenvolvimento deste mecanismo de controle, originalmente de conteúdo liberal, foi influenciado pela experiência histórica que se espalha a partir dos acontecimentos ocorridos na Prússia, como decorrente da crise que se estabelece entre o monarca e o Parlamento.

Os fatos como ocorridos naquela experiência histórica e sua influência para a formação da concepção de orçamento, inclusive no Brasil, são apreciados nas páginas que se seguem.

---

[22] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Votada definitivamente em 2 de outubro de 1789. XIII - Para o sustento da força pública e para as despesas da administração, uma contribuição comum é indispensável. Ela deve ser igualmente repartida entre todos os cidadãos em razão das suas faculdades. XIV - Cada cidadão tem o direito de constatar pôr ele mesmo ou pôr seus representantes a necessidade de contribuição pública, de consenti-la livremente, de acompanhar o seu emprego, de determinar a cota, a estabilidade, a cobrança e o tempo.

2.2 A NATUREZA DO ORÇAMENTO PELA CRISE PRUSSIANA E A IMPORTÂNCIA DE PAUL LABAND

O respeito à doutrina da separação de poderes está marcado pela noção do orçamento como ato materialmente administrativo, desembocando na teoria do gasto público como ato discricionário da Administração. Neste sentido é forte a doutrina de Laband (1979), que considera que o orçamento não é materialmente lei, mas sim ato administrativo, restringindo-se a uma estimativa de gastos e receitas.

Este autor negava a existência de normas jurídicas no orçamento, sendo este uma mera expectativa contábil sobre receitas e despesas, nele inocorrendo qualquer delimitação de direitos e deveres por não conter “regra de direito”. Neste sentido considerava que o orçamento era lei apenas em sentido formal, mas não em sentido material.

Claro que é preciso contextualizar esta teoria, observando o lugar e a época em que foi desenvolvida. Paul Laband nasceu na região da Silésia, especificamente na cidade de Breslau, em data de 24 de maio de 1838. Sua origem prussiana é significativa para a compreensão das posições que assumiu posteriormente.

Como é fato sabido, a Alemanha foi um dos países europeus onde o processo de unificação territorial mais tardou. Enquanto que a Espanha e França, apenas para ficar nestes exemplos, realizaram o processo de unificação aproximadamente nos anos de 1493 (conquista de Granada) e 1627 (tomada de La Rochelle), respectivamente, a Alemanha completou o processo de unificação com a Guerra Franco-Prussiana (1871) e o realizou sob a liderança da Prússia. Nasceu, a partir deste momento, o Império Alemão, sob a liderança de Guilherme I.

A unificação surge a partir da liderança prussiana e com inegável destaque para a figura do Imperador Guilherme I[23] que representa o fiel do processo de

[23] Guilherme Frederico Luís de Hohenzollern nasceu em Berlim na data de 22 de março de 1797, falecendo na mesma cidade em 9 de março de 1888. Foi rei da Prússia e o primeiro imperador (Káiser) da Alemanha unificada

unificação. Este rei não é um governante absolutista, mas sim um monarca constitucional, mas a natureza desta especial monarquia representa uma diferença significativa em relação a outros estados constitucionais[24]. Na monarquia alemã a constituição não é um produto do direito dos povos, mas uma concessão do príncipe ao seu povo – uma graça real[25], cujo exercício depende dos termos da concessão. Voltaremos a este ponto mais adiante.

A unificação era uma aspiração nacionalista que repercute fortemente na classe média e, como não poderia deixar de ser, nas universidades alemãs (WAGNER, 2005, p. 46-47). O papel das universidades alemães não pode ser minimizado neste processo. Longe de serem apenas academias, representavam um polo de discussão política e possibilitavam a circulação dos intelectuais dentre os diversos estados alemães[26]. Os catedráticos constituíam uma classe social distinta e gozavam de singular respeito e consideração, servindo de conselheiros informais do governo e, portanto recebendo honrarias e distinções.

Laband resolve dedicar-se à carreira acadêmica, tendo lecionado nas Universidades de Königsberg e Estrasburgo, onde veio a falecer em 1918. Como professor catedrático, desenvolveu estudos na área de direito público, sendo autor da obra “Direito Público do Império Alemão”. Nesta obra e no livro em que trata do Direito Orçamentário desenvolve sua teoria sobre o orçamento que ira produzir amplo impacto no direito público de diversos países, independentemente do contexto especial onde sua teoria foi desenvolvida.

No ano de 1861 surge um conflito entre o Imperador e o Parlamento, quando este se recusa a aprovar o orçamento que lhe havia sido encaminhado, discordando

---

[24] A revolução burguesa que implicou a afirmação de diferentes níveis de liberalismo político nos estados europeus (França e Inglaterra) não teve o mesmo êxito na Prússia, ante a aliança conservadora que se formou entre a classe de nobres proprietários rurais (junkers) e a burguesia. A Constituição de 1850 é outorgada pelo governante e constituí a base do estado alemão do período. Ver Bereijo (Laband y el Derecho Presupuestario del Imperio Aleman).

[25] Para verificar detalhes desta especial concepção de monarquia constitucional ver “Maestros Alemanes del Derecho Público” (Wagner) e especialmente o estudo preliminar a versão espanhola da obra de Paul Laband “El Derecho Presupuestario” escrito por Rodriguez Bereijo, acima citado.

[26] Para ver mais sobre o tema, remeto o leitor à obra “Maestros Alemanes del Derecho Público” já citada.

do programa de reformas militares e das despesas de guerra, surgindo uma situação de impasse. O conflito representa um violento questionamento ao papel do Parlamento no Império Alemão e, na realidade, significa a disputa de quem terá a palavra final em situações de conflito de Poderes.

Sua teoria sobre o orçamento foi elaborada para justificar a atuação do Império no conflito mantido com o Parlamento em função da aprovação do orçamento de 1862. A recusa do Parlamento de aprovar os gastos militares previstos levou à rejeição do orçamento proposto e ao impasse. Bismark, então Primeiro Ministro da Prússia, passou a governar sem o orçamento aprovado, apoiando-se na concepção de que, em situação de conflito entre o Imperador e o Parlamento, a vontade daquele deve prevalecer, triunfando o princípio monárquico sobre a soberania parlamentar.

A concepção de Laband entende que o orçamento não é um ato materialmente legislativo, mas sim um ato administrativo, independentemente do órgão que o emita. Sua concepção decorre do modo como vê as normas jurídicas, considerando que uma disposição não é uma norma jurídica senão quando possua a aptidão de produzir efeitos diretos nos particulares. Assim, a qualificação de norma jurídica se faz em função de possuir como destinatários diretos os particulares ou se possui como destinatário a administração pública, independentemente de critérios como generalidade e abstração.

Desta forma, o limite dos efeitos da norma: internos (em relação a administração pública) ou externos (com efeitos diretos sobre os privados) é que irá definir se falamos de norma jurídica ou de ato administrativo, embora com a aparência de lei.

Em suma, a lei do orçamento está ligada ao duplo conceito da lei: lei em sentido material e lei em sentido formal. A lei em sentido material seria um ato

jurídico que estabelece uma regra de direito[27]. A lei em sentido formal seria o ato jurídico que guarda a aparência de lei, pois produzido como tal.

Desta feita, Laband, quando escreve em 1871 sua obra “Das Budgetrecht” tem em mente o conflito constitucional entre o Rei e o Parlamento e procura transferir o conflito de sua origem político e social para um conflito sob o ponto de vista do Direito.

Assim, buscou dissociar a teoria jurídica do orçamento de seus aspectos políticos, afirmando que o Parlamento não teria um direito ilimitado na tarefa de aprovação da autorização para a realização dos gastos públicos. Desta conclusão, buscava construir uma teoria jurídica abstrata sobre a natureza jurídica do orçamento, ignorando os pressupostos da realidade que haviam causado a crise institucional e a consequente possibilidade de paralisação da atividade administrativa, superada pelo ato de força da realeza prussiana.

A teoria dualista da lei é a peça fundamental da construção jurídica sobre a natureza do orçamento. Segundo esta teoria existe uma dualidade de tipos de lei: As leis em sentido material que significam uma norma jurídica, uma regra de direito emanada ou não do Poder Legislativo que tenha a possibilidade de afetar a esfera de direitos intersubjetivos, criando ou modificando direitos ou obrigações. As leis em sentido formal são as que expressam apenas a descoberta ou a exigência de um acordo entre o rei e ambas as casas do Parlamento, mas que materialmente não contêm qualquer manifestação da vontade dos Estados para estabelecer ou declarar uma regra de direito. As leis apenas materialmente formais não possuem o condão de afetar a esfera de direitos individuais, possuindo alcance restrito ao funcionamento interno da Administração Pública.

A definição da lei, como norma cujo conteúdo contenha um preceito de direito, supõe, no entendimento de Laband, o caráter acessório das características de generalidade e permanência da lei, enquanto que o conceito legislação não exige a

---

[27]Sem embargo da falta de uma explicação do que deveria ser considerado como uma “regra de direito”, com bem destaca JJ Gomes Canotilho (1978) separata do Boletim Especial da Faculdade de Direito de Coimbra.

formulação de "normas jurídicas gerais" ou "normas jurídicas permanentes". Assim, o que importa ao conceito material de lei é a possibilidade de imposição de obrigações, ou seja, o conceito essencial da lei se funda em seu conteúdo, de sorte que uma lei sem este conteúdo de norma jurídica, ou que não declare uma regra aplicável à determinada situação de fato não é lei em sentido material, sendo indiferente a forma que adote.

Considerando esta concepção, a disposição da Lei Constitucional Prussiana, segundo a qual o orçamento do Estado será fixado anualmente por intermédio de uma lei[28], significa apenas que a elaboração do orçamento estatal será realizada anualmente, conforme a conjunção de vontade entre o Rei e as Casas Parlamentares, sem qualquer criação de norma jurídica neste procedimento. Assim, se exclui a possibilidade de significação de ordem material na elaboração do orçamento anual do Estado, pois a lei não possui conteúdo jurídico capaz de afetar o "status" dos possíveis destinatários da norma, sendo meramente uma conta, e uma conta não possui regras de direito (LABAND, 1979, p. 23). Uma conta registra as despesas e receitas realizadas e as expectativas, pelo que o orçamento não fundamenta qualquer obrigação jurídica[29].

Pela concepção de Laband é possível, de um ponto de vista material, que os atos de vontade do Estado que por seu conteúdo não sejam leis, somente sejam exercitados na hipótese de concordância entre o Rei e o Parlamento. Neste sentido,

---

[28] A teoria dualista da lei possibilita a conclusão da existência de um texto aprovado pelo Parlamento, despido, porém de conteúdo de lei material: "Si aplicamos este resultado al art. 99 de la Ley Constitucional prusiana, que dice: "El Presupuesto del Estado se fijará anualmente por medio de una ley" es indudable que el sentido de dicho artículo no es outro que el siguiente: "La fijación del Presupuesto del Estado se hará anualmente de conformidad entre la Corona y ambas Cámaras" (...) no se deduce, em modo alguno, que la fijación anual del Presupuesto por el Gobierno y la representación del pueblo sea un acto legislativo en el sentido material de la expresión." (Laband 17)

[29]"Vistas así las cosas, es de meridiana claridad que el Presupuesto no contiene, por lo regular, princípios jurídicos y que, por tanto, no es una ley en el sentido material de la palabra. El Presupuesto es una cuenta y, por cierto, una cuenta que no se refiere a gastos e ingresos ya realizados, sino a los gastos e ingresos que se esperan en el futuro, constituyendo por tanto lo que se llama una estimación previa. Tiene su correspondência plena con la cuenta que se ha de presentar anualmente, uma vez concluído El ejercicio anual administrativo, sobre los ingresos y gastos efectivos. Uma cuenta, sin embargo, no contiene reglas – y mucho menos reglas de Derecho -, sino hechos; una cuenta registra, por medio de breves indicaciones cuantitativas, los gastos e ingresos ya producidos o los que son de prever. Por lo general, el Presupuesto no fundamenta la obligación jurídica para obtener ingresos o realizar gastos, sino que, más bien, la presupone y se limita a recoger sus resultados financieros." (Laband1979, p. 22-23)

exemplifica com disposição que autoriza ao Rei a distribuição de pensões extraordinárias em decorrência dos serviços prestados durante a guerra (LABAND, 1979, p.16), que do ponto de vista formal, adotou o mesmo procedimento prescrito no ordenamento para a aprovação de uma lei, porém do ponto de vista material não se promulgou uma lei, mas sim foi autorizada a execução de um ato administrativo de conteúdo discricionário pela Realeza.

Esta noção considera ser o orçamento uma mera conta que contem a demonstração numérica da previsão de receita e as despesas autorizadas e neste sentido é um ato administrativo e não legislativo. Acresce que o orçamento não corresponde a qualquer necessidade do direito, mas sim resulta de uma imposição da economia; uma lei relacionada com a legislação vigente anterior, principalmente com as leis materiais que constituem a base jurídica das despesas e receitas públicas. Sua conclusão é que a lei orçamentária não pode revogar ou alterar as leis que criam receitas e despesas, sendo-lhe defeso inovar através da introdução de novas normas legais (BEREIJO, 1970).

Desta forma, com relação aos gastos estabelecidos em anterior deliberação do Parlamento a liberdade de conformação orçamentária seria restrita, pois não se admitiria a supressão de um serviço público já instituído, a não ser por expressa conjunção de vontade entre o Parlamento e o Executivo. Assim, Laband considera existir uma força vinculativa nas despesas assumidas anteriormente pelo Parlamento em relação ao período continuado[30]. Haveria uma contradição no estabelecimento de um serviço público permanente, cujo funcionamento dependesse, a cada ano, da boa-vontade parlamentar, manifestada pela lei do orçamento (LABAND, 1979).

---

[30] En efecto: de la misma manera que el Gobierno no puede crear unilateralmente nuevos establecimientos ni ampliar los existentes, el Parlamento tampoco puede suprimirlos unilateralmente ni restringir su envergadura tradicional o legal. Y está claro que si el Parlamento estuviera en condiciones, en virtud de los acuerdos tomados durante La discusión del Presupuesto, de negar los gastos indispensables para la continuación de estos establecimientos, tendría en sus manos cada año el poder de suprimirlos o de atrofiarlos e invalidarlos (Laband 1979, p.85)

Assim, o Parlamento não pode deixar de proceder à aprovação dos rendimentos e gastos estabelecidos pela legislação anterior. Deste modo, sendo negado ao Legislativo o direito de recusar orçamento, obtem-se o mesmo resultado prático, ou seja, impedir a cessação possível da atividade do Estado, que estabelece o orçamento como um ato de legislação, constituindo exemplo de legislação materialmente vinculada, conforme expressão desenvolvida por G. Jellinek (1970).

A distinção existente entre atividade livre e atividade vinculada é usada por Jellinek como critério de classificação das funções dos órgãos estatais, considerando como atividade livre aquela que é primária e que constitui o fundamento de outras atividades. A atividade vinculada é realizada para satisfação de uma obrigação jurídica. George Jellinek aceita as proposições básicas da tese de Paul Laband: a) existem leis que possuem apenas o sentido formal; b) o orçamento, apesar de se revestir da forma de lei, é um plano de gestão; c) tem a natureza de um ato administrativo. (JELLINEK, 1970)

Neste sentido, o orçamento é uma atividade vinculada por ser implementado em decorrência de um fundamento jurídico que cria as obrigações de receita e despesas previstas na legislação orçamentária. Neste sentido a liberdade de conformação legislativa estava restrita à legislação preexistente (CANOTILHO, 1978).

A consideração de ser uma atividade vinculada não significa a possibilidade da utilização do orçamento como qualquer modalidade de controle, mesmo que indireta, da atividade administrativa pelo Parlamento[31]. O gabinete não possui responsabilidade perante o Parlamento, mas apenas perante a monarquia.

---

[31] Não haveria a possibilidade do controle pela inclusão de uma dotação na lei orçamentária, pois o Executivo não estava obrigado a realizar o gasto, sendo possível que o prudente arbítrio do administrador inibisse a realização da despesa. Neste sentido: ”La idea del Gobierno y Parlamento, tomada com la conformidad de ambos y declarada por medio de La ley presupuestaria, de que um gasto determinado es necesario y oportuno, no implica forzosamente que tal gasto resulte necesario em la realidad...”. E mais adiante “..el Gobierno también puede tener razones de otra especie para omitir unos gastos autorizados en el Presupuesto, especialmente cuando amenazadoras circunstancias políticas exigen la momentánea acumulación de capital o cuando los ingresos son inferiores a los estimados en el Presupuesto, de forma que sea de temer un déficit. No obstante, cuando hace dos años sobrevino un caso de éstos, prácticamente toda la prensa defendió la idea de que el Gobierno no debía prescindir de aquellos gastos cuyos recursos estuvieran consignados en el Presupuesto, ya

Assim sendo, Laband (1979) defende que a lei que aprova o orçamento é uma lei em sentido meramente formal que indica apenas uma participação do Legislativo e na necessidade da adoção de uma formalidade especial para sua aprovação. A aprovação do orçamento é um ato que interessa restritamente à Administração, apesar da participação dos corpos legislativos de participação popular na sua elaboração, na medida em que o ato de aprovação tem um alcance meramente formal. Assim distingue o orçamento propriamente dito da lei que o estabelece e aprova, com a finalidade de ressaltar o caráter formal de sua aprovação.

Corresponde a este raciocínio a noção de que os corpos legislativos possuem um alcance de atuação necessariamente restrito no processo de formação do orçamento, na medida em que a função do orçamento é concebida apenas como correspondente à necessidade de controle e vigilância sobre os atos governamentais. Sua tarefa seria apenas limitar a possibilidade de taxação dos governados pelo estabelecimento de um orçamento com ordenação de receitas e autorização de despesas, mas sem possuir uma autêntica função legislativa, no sentido da criação de regra de direito. Decorre desta condição a impossibilidade da modificação formal da proposta orçamentária, cabendo ao corpo legislativo o ato de aprovar ou rejeitar a proposta oriunda do órgão que exerce a função executiva. Mesmo a possibilidade de rejeição resta consideravelmente limitada, pois conduziria a uma paralisação incompatível com a necessidade perene do desenvolvimento da atividade administrativa.

A competência dos corpos legislativos está reduzida a um mínimo de controle no que tange à elaboração ou confecção do orçamento, ao contrário do que acontece com relação à legislação ordinária, que possui a dupla natureza (formal e material) e pode ser considerada lei em seu sentido completo. O orçamento é materialmente um ato administrativo que assume a forma, mas não o conteúdo de

---

que, en caso contrario, infringiria la ley presupuestaria. Esta idea se debe a una equivocada interpretación de la importancia del Presupuesto y es una consecuencia del error consistente en creer que la ley presupuestaria es una ley en el sentido material de la palabra". (Laband 92/93)

legislação, pelo que o descumprimento da lei orçamentária não gera uma responsabilidade da Administração, ou não gera uma obrigação para a Administração, em face dos possivelmente atingidos pela legislação citada. A natureza da responsabilidade é política pelo descumprimento da autorização legislativa, pois conforme já enunciado, existe a obrigação do Executivo de solicitar a aprovação do orçamento ao Parlamento, inclusive para os gastos extraordinários que possa ter tido a obrigação legal de realizar (LABAND, 1979, p.105-108).

A correspondência entre o agir e a autorização legislativa será efetivada pelo controle numérico dos valores apostos no orçamento e resultaria de uma apuração matemática de conformidade entre a despesa efetivada e os valores postos à disposição pela legislação do orçamento. O cumprimento da tarefa de controle da responsabilidade política seria efetivado com o auxílio de uma corte de contas, que apresentaria um parecer sobre o orçamento executado, podendo questionar a atuação do Executivo sob três aspectos: a) correção aritmética de cada uma das contas; b) correção, sob o ponto de vista orçamentário, da efetivação da despesa; c) equívocos da administração que sejam mensurados no procedimento de revisão da conta. (LABAND, 1979, p.109-110).

Contudo não haveria possibilidade de uma efetiva responsabilização jurídica da administração por infração à lei orçamentária, vez que a Constituição restringia esta possibilidade de responsabilização a ocorrência de: a) violação da Constituição; b) suborno; c) traição. Afasta, assim, a possibilidade de responsabilização civil de um funcionário por violação à lei do orçamento, mercê da aprovação posterior de norma que responsabilize os ministros do governo por este tipo de atuação. (LABAND, 1979, p. 113)

A teoria então serviu para sustentar que o orçamento não teria o caráter de norma geral, mas sim de um ato de competência do Poder Executivo, por não ser um ato materialmente legislativo e por produzir efeitos apenas no interior da administração. Ademais, a legislação que aprova o orçamento apenas dá cumprimento a um conjunto legislativo que informa a atividade financeira do Estado e que constitui o fundamento dos gastos e receitas estatais, assim, a falta de

aprovação do orçamento não significa o congelamento da atividade política do Estado, a qual pode desenvolver-se sob a responsabilidade política da Administração Pública.

Laband não cogita em negar ao corpo legislativo a possibilidade de rejeitar a proposta orçamentária, mas apenas limitar sua atuação a um mero controle isento de conteúdo significativo, ou seja, impossibilitado de criar um óbice ao desenvolvimento da atividade administrativa em situações de conflito político[32].

Desta forma, correto estaria o Imperador em editar ato administrativo para fazer vigorar o orçamento, ante a recusa do Parlamento em sua aprovação.

Todavia a teoria do orçamento de Laband, que sustenta o caráter dualista da Lei Orçamentária, possui um fundamento básico que não é possível deixar de evidenciar para sua melhor compreensão. Assenta-se na necessidade da justificação política da atuação do Imperador no episódio da aprovação do orçamento e na busca da harmonia entre a atuação imperial e a constituição, com fundamento no "princípio monárquico".

2.2.1 O princípio monárquico

Já vimos que a monarquia constitucional da Prússia e posteriormente do Império Alemão tinha por fundamento a entrega graciosa da Constituição ao povo. Também fazia parte desta outorga a preservação do denominado "princípio monárquico"[33].

---

[32] "Ya es sabido que en Prusia se ha presentado, en repetidas y frecuentes ocasiones, el caso de que el Gobierno tenga que llevar a efecto la administración financiera sin ley presupuestaria, puesto que hasta estos últimos años nunca se había conseguido aprobar la ley presupuestaria antes de iniciarse el año administrativo". (LABAND, 1979, p. 127)

[33] Sobre a natureza do princípio monárquico e citações posteriores sobre tal princípio, ver Bereijo e Laband (1979).

A concepção do princípio monárquico é importante na apreciação política da monarquia prussiana e posteriormente imperial. A revolução de 1848, que levou à adoção de um modelo de monarquia constitucional, fracassou em seu projeto unificacionista, porém realizou a transição para um estado liberal, com a preservação do poder político dos proprietários rurais prussianos, com a adoção do modelo constitucional de uma monarquia constitucional limitada .

Esta forma de organização política não se confunde com a monarquia constitucional de Estados como a Inglaterra ou Itália. Nestes, a evolução do Estado conduz a uma organização política onde existe a preponderância do princípio da soberania popular do Parlamento sobre a Coroa em situações de conflito, como decorrente da própria titularidade popular do Poder Constituinte. Na Alemanha não é possível falar na titularidade popular do Poder Constituinte.

É interessante observar determinado trecho do discurso de Bismark perante o Parlamento por ocasião da crise pela não aprovação da proposta orçamentária do Governo. Neste discurso, restam marcadas as diferenças entre os modelos de monarquia constitucional:

> ..Si la Cámara reivindica el derecho exclusivo a establecer de modo definitivo el Presupuesto, de pedira al Rey la dimisión de los Ministros que no tienen su confianza, de fijar mediante sus resoluciones presupuestarias el contingente y la organición del Ejército, de controlar las relaciones del Poder Ejecutivo com sus órganos, no podrá negarse entonces due el Parlamanto disputa la supremacia a la Corona... Em realidad, el proyecto de resolución de la Cámara – decía Bismark – pude resumirse em estas palabras: que la casa de Hohenzollern transfiera sus derechos constitucionales a la mayoría de esta Cámara. Em vano sostienen, para disimular esta pretensión, que el reproche de haber violado la Constittución se dirige al Ministerio y no a la Corona. Los Ministros, em Prusia, no actúan más que em nombre y bajo la orden del Rey, son los Ministros del Rey y no em modo alguno, como em Inglaterra, los Ministros de la mayoría parlamentaria."[34]

Na forma política da monarquia constitucional limitada, a Constituição é uma concessão real, decorrente de um ato de liberalidade da monarquia que, por sua

---

[34] BISMARK apud BEREIJO, p. 34

livre vontade, outorga ao povo uma Constituição, limitando seu próprio poder e estabelecendo os mecanismos de representação popular em coordenação com o poder real. Neste sentido, o limite posto é compreendido em sentido estrito e o Rei assume a posição central do sistema, que dele depende para sua formação e adequada existência.

A teoria do "princípio monárquico" não nasce na Prússia. Leciona Bereijo ter sido formulada pela primeira vez na Carta Constitucional Francesa de 1814, como uma fórmula para restabelecer o princípio da soberania do príncipe em um estado constitucional. Sua finalidade seria servir de obstáculo a futuras tentativas revolucionárias, em clara tentativa de harmonizar a ordem absolutista com a ordem social que começa a surgir no século XIX[35]. Esta carta constitucional foi outorgada a partir da restauração monárquica resultante da derrota de Napoleão I e afirma a supremacia real como a verdadeira fonte de todo poder político. O Congresso de Viena, reunido após a derradeira derrota de Napoleão I, articulou a tendência constitucional que teve início com a carta outorgada por Luis XVIII e duraria até a Constituição de Weimar, com o surgimento de constituições que buscavam a preservação do poder da realeza pela afirmação do princípio monárquico[36]

Porém, apesar de não ter origem germânica, o "princípio monárquico" serve adequadamente às necessidades do Rei prussiano na regulação de suas relações com o Parlamento, constituindo o ponto central da teoria alemã do Estado. Este princípio pode ser resumido em três pontos:

---

[35] Não é demais destacar a complexidade da sociedade europeia do século XIX ante as mudanças decorrentes da Revolução Industrial, como o surgimento da classe operária e o desafio socialista que representavam uma perspectiva diferente que impossibilitava o restabelecimento do regime absolutista, nos moldes anteriores. Segundo Wagner (2005. p. 24) o princípio monárquico decorria de uma tensão entre o absolutismo que batia em retirada e o liberalismo, resultando em uma fórmula que assegurava os respectivos interesses e aspirações, sendo encontrado nas Constituições dos Estados da Baviera, Baden e Württemberg, convertendo-se posteriormente em princípio constitucional para todos os Estados da Federação. Neste sentido, a Constituição Prussiana de 1850 não é herdeira da revolução liberal ocorrida em 1848, mas sim da Constituição francesa de 1814. Em nossa Constituição de 1824 o princípio monárquico aparecia com a feição da titularidade real do Poder Moderador.

[36] Vale citar como exemplos de cartas Constitucionais com estes parâmetros a Constituição brasileira de 1824 e carta austríaca de 1867, conforme enumerado por Sérgio Sérvulo da Cunha em introdução à edição brasileira da obra "Jurisdição Constitucional" de Hans Kelsen, 2007. Este autor denomina estas constituições de "regimentais", pois não possuíam a preocupação com o controle dos atos do governo, limitando-se a dispor sobre a regulação dos poderes e suas relações. Ver também Marcello Cerqueira (A Constituição na história)

a) A soberania do rei, como titular de todo poder do estado e expressão de sua vontade. Seu poder possui uma natureza originária visto que não decorre de nenhum documento ou poder superior, ou seja, o poder do rei não é constituído, mas sim é constituinte, na medida em que forma e constitui fundamento das estruturas de poder do Estado. Porém, não se há de falar em poder ilimitado, pois o Rei se submete voluntariamente a uma Constituição que outorga ao seu povo, autolimitando seus poderes, na forma que estabelece:

b) O Parlamento é um órgão do poder estatal alheio a qualquer noção de representação da soberania popular, sem outras competências para além daquelas que a Constituição havia expressamente atribuído. Possui a atribuição de legislar, porém o centro de gravidade do Estado não está no Parlamento ou no Gabinete, mas sim no Rei, que representa a unidade dos poderes do Estado, sem exercê-los necessariamente.

c) O exercício da soberania, como vontade suprema, compete exclusivamente ao Rei que a representa em momentos de crise, como instituição fundamental do Estado[37].

Não sem razão, Kelsen (p. 240) considera que o fundamento do argumento pelo qual os defensores deste princípio consideravam que o guardião natural da Constituição seria o monarca seria a necessidade de estabelecer uma compensação da perda de poder que o Chefe do Estado havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para o regime constitucional. Neste sentido, impediam a defesa eficaz da Constituição contra sua principal ameaça – o governo, consubstanciado na figura do monarca e em seus ministros de Estado. O monarca aparece como uma figura neutra e equidistante entre o governo e o Parlamento, sendo assim, o mais autorizado árbitro dos conflitos que podem surgir desta relação. Sua posição é ideologizada e preservada como fiel da existência do Estado e seu principal assegurador, pois a própria existência da Nação se funda na atuação e participação do monarca na tarefa de equilíbrio dos poderes do Estado.

---

[37] Enumeração realizada por Bereijo in prefacio a obra “El Derecho Presupuestario”, p. XXII/XXIII.

Pelo princípio monárquico, o direito e o poder de legislar não são exercidos pelo Parlamento, mas sim pelo Rei em conjunto com as casas parlamentares. Nas monarquias constitucionais temos uma clara delimitação do poder do Rei, especificados e delimitados nas Cartas Constitucionais, o poder de legislar é exercido pelo Parlamento, com a participação do Rei. Na monarquia prussiana, a preponderância parlamentar não existe, ao revés, temos a preponderância da Coroa, pois o poder de governar advém da Coroa e não da soberania popular. Cabe ao Rei, ao outorgar a Constituição, atribuir os poderes do Parlamento, limitando-os. Em resumo, vemos que o princípio monárquico representa o fundamento da organização do Estado e sua presença nas constituições dos Estados Alemães indica uma clara opção política por uma estrutura que privilegia a monarquia, com resguardo do poder de soberania. Dentro deste princípio, é necessário indicar a ocorrência de um conceito digno de nota. Trata-se da questão pertinente ao poder residual.

Ora, se o direito do Rei é pleno e, ao mesmo tempo, autolimitado pela constituição que enumera, em caráter estrito e exaustivo, os direitos dos cidadãos e as formas de estabelecimento de restrição ao poder político da Coroa, parece claro que deverá caber ao monarca o exercício dos direitos e poderes que não estejam expressamente previstos e discriminados na Carta Constitucional. Assim, em caso da ocorrência de conflito não previsto ou na hipótese de lacuna na Constituição, caberá ao Rei a prevalência na questão, como decorrência do princípio monárquico.

2.2.2 A crise prussiana e sua solução

A crise começa em 10 de fevereiro de 1860 com a apresentação, pelo governo, de um projeto de lei que pretendia proceder a uma reforma do exército e do serviço militar, de sorte a adaptá-lo ao crescimento populacional e ao desenvolvimento econômico e político da Prússia. O conteúdo do projeto criava um

serviço militar obrigatório de três anos e elevava o efetivo do exército em 60.000 homens[38].

Este projeto foi rejeitado com fundamento no desejo parlamentar de proceder a alterações ao conteúdo, além de sua recusa em permitir o desaparecimento das milícias, formadas por cidadãos-soldados, substituídas por um exército profissional.[39] Perante a oposição manifestada pelo Parlamento, o Governo retira o projeto, porém principia a executá-lo, independentemente de aprovação parlamentar. O procedimento leva o Parlamento, com maioria do partido liberal, a recusar a inclusão das verbas necessárias ao financiamento das reformas no exército, no orçamento de 1861, claramente em resposta ao procedimento de implementação sem a prévia autorização legislativa em relação ao projeto retirado.

O conflito se renova em relação ao orçamento de 1862, já que o mesmo partido liberal consegue manter a maioria na câmara baixa e novamente rejeita o projeto de reorganização do exército. A nomeação de Otto Von Bismarck como chanceler não serve para solucionar a crise e surge a teoria da possibilidade de livre ação do monarca ante a necessidade da continuação da atividade normal dos serviços públicos, ante uma hipótese de impasse (BEREIJO, 1979). Sua teoria, pronunciada em discurso perante o Parlamento, tencionava transferir o conflito para o mundo do direito, em lugar da arena política. Assim, defende a existência de um direito de urgência, pois o funcionamento do Estado não pode ser suspenso ou interrompido. O Parlamento não se sensibiliza e se recusa a aprovar o orçamento de 1863.

A crise prossegue com a iniciativa de o governo aprovar o orçamento apenas na Câmara Alta e convocar novas eleições para a Câmara Baixa. A oposição vence as eleições e o impasse se mantém. A crise questiona o próprio fundamento da monarquia limitada prussiana em oposição à monarquia parlamentar de países como a França e Inglaterra.

---

[38] WAGNER, Francisco Sosa .Maestros alemanes del derecho público, 2005.

[39] Ver também Bereijo (p. XXXI).

A história mostra como o conflito foi resolvido. O Rei fixou o orçamento mediante ato administrativo, contando com o apoio da Câmara Alta, enquanto que a atuação de Bismarck como diplomata e estrategista político permite-lhe vencer esta disputa. A reforma do exército, implementada, mesmo sem a aprovação do projeto pelo Parlamento, permite a modernização e ampliação desejada pelo Governo. A popularidade do Kaiser aumenta em função das vitórias militares, em 1864 contra a Dinamarca e, especialmente em 1866 contra a Áustria e inviabiliza a oposição ao projeto de reforma, que foi o pivô da crise. Em 1866 o Parlamento vota uma lei, convalidando os gastos efetuados até então e fixando os gastos para o ano corrente, admitindo que a atuação do Rei, durante o período de conflito, fora imprescindível para a existência da monarquia, constituindo uma necessidade absoluta. A aprovação representou um mecanismo de compromisso entre o Governo e o Parlamento, onde o Rei considera necessária a convalidação dos atos do governo pelo Parlamento, com aprovação retroativa dos gastos e a restauração da normalidade constitucional, rompida durante o transcurso da crise.

Duvidoso se o conflito se encerra com inequívoca vitória do Rei que consegue fixar o princípio pelo qual, em caso de confronto entre a monarquia e o parlamento, a Coroa tem autorização para agir de modo a assegurar a manutenção do Estado, independentemente do aceite ou autorização da representação popular para tanto; ou se o Parlamento foi o afinal vitorioso, pela necessidade, expressada pelo monarca, da convalidação dos atos até então praticados, reconhecendo sua irregularidade constitucional, o que seria uma negativa da posição esposada por Bismarck quanto à ampla possibilidade de ação do governo para proceder à manutenção dos serviços públicos, sem o concurso do órgão parlamentar, comprovada pela aprovação, em 1866, dos gastos realizados sem a votação da lei orçamentária desde 1862. Esta ainda é uma indagação aberta aos estudiosos do período[40].

---

[40] Considerando uma vitória do Rei temos Francisco Wagner (Maestros Alemanes del Derecho Publico). e considerando a ocorrência de vitória do Parlamento temos Dietrich Jesch (Ley y Administración : Estudio de La Evolucion del Principio de Legalidad), apenas em título exemplificativo. Para além destas posições díspares, existe uma terceira de Carl Schmitt, na obra Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches. Der Sieg

A crise se tornou possível e provável pela posição especial da relação de poderes entre a Realeza e o Parlamento na concepção da Constituição Prussiana. Nas Constituições de clara preponderância parlamentar, o conflito não existiria, pois os ministros do governo respondem perante o Parlamento, responsabilidade esta que não existia na monarquia prussiana, em que os ministros respondem apenas perante o Rei, como vimos. Desta forma, existindo um conflito como posto, o Parlamento simplesmente derrubaria o governo até o equacionamento da situação. Esta situação, que seria possível na Inglaterra e França, era impossível no regime de monarquia dualista, como era a prussiana.

Em sentido oposto, a possibilidade de o Rei em atuar largamente em atividade regulamentar nas matérias em que a Constituição não exigisse expressamente a edição de lei, e, com base no principio monárquico, adiar a votação de uma lei até obter o consenso adequado em relação ao Parlamento, permitiria a superação no geral das situações que implicaria crise institucional. Porém, tanto a solução da regulamentação por ato exclusivo da monarquia, como a possibilidade do adiamento da lei não são soluções para uma crise na elaboração da norma orçamentária, justamente por seu caráter anual, determinado pela própria constituição prussiana[41]. Assim, manter as normas para permitir o funcionamento da administração durante a situação de conflito encontrava óbice na necessidade do estabelecimento de lei orçamentária anual, surgindo desta situação dúbia o conflito que acabou sendo resolvido pela afirmação do princípio monárquico e a prevalência da vontade real, com a consagração da teoria da dupla natureza da legislação que se pretendia aprovar

Todavia a vitória se fez possível devido à específica evolução das instituições jurídico/políticas da Prússia. Conformada a partir de uma Constituição outorgada, em que o Rei mantinha o princípio da soberania em suas mãos, conforme fixava o

---

des Bürgers über den Soldaten, 1934, citado por Tiago Duarte, (47), que considera que o conflito entre o Rei e o Parlamento terminou empatado.

[41] O artigo 99 da Lei Constitucional Prussiana está assim redigido: “Todos los ingresos y gastos del Estado tendrán que ser previamente estimados para cada año y tendrán que figurar em el Presupuesto general del Estado. Este último se estabece anualmente mediante ley.” Conforme citado por Laband (1979, p.7).

princípio monárquico, não é possível ver na Prússia paradigma para os estados Europeus Ocidentais[42]. Para além disto, temos ainda a consideração do momento político de unificação, que a Prússia liderava e estava realizando, e que era considerado o sonho da maior parte da burguesia alemã – a criação do Segundo Reich[43].

A liderança vitoriosa da Prússia realizou o sonho da formação do império alemão (1871), ao tempo em que o desenvolvimento econômico transformou a burguesia em principal pilar da manutenção do Império. A aliança entre a burguesia industrial e os junkers (nobreza de origem prussiana) forjou o Império conservador e se conserva como força majoritária até o fim da Primeira Guerra Mundial.

2.3 A exportação do modelo labandiano

O curioso é que a teoria da dupla natureza da lei orçamentária foi incorporada por pensadores dos mais diversos, nos mais diferentes Estados, que nada tinham de equivalente com a situação da Prússia, cuja evolução histórica em nada correspondia a do Estado Alemão em que a teoria foi desenvolvida e aplicada. Compartilhamos a estranheza de Canotilho (1978) quanto à possibilidade de aplicação de um instituto jurídico desenvolvido sob o pálio de uma conjunção de fatores em ambiente de conteúdo diverso dos fatores que levarão a sua criação.

De fato, é de usual percepção que os institutos jurídicos e políticos possuem uma vinculação com ambiente histórico onde nascem e se desenvolvem. Desta feita, nascem vinculados a necessidades existentes em um específico tempo e lugar. Criados para cumprir uma finalidade, têm sua evolução determinada pelo modo de

---

[42] O sistema do princípio monárquico é típico do regime prussiano. Por ele a soberania não se transmite ao Parlamento, persistindo na posse da monarquia. Não é possível encontrar fundamento para sua existência no sistema francês e inglês, este último ante a nítida prevalência parlamentar no regime político instituído pela Revolução Inglesa (processo iniciado com a Revolução Puritana de 1640 e culminando com a Revolução Gloriosa de 1688)

[43] O primeiro Reich foi o Sacro Império Romano Germânico

desenvolvimento histórico de cada povo ou nação. Não existe a produção de instituto jurídico neutral historicamente ou em cujo surgimento/desenvolvimento não exista um determinante histórico[44].

Desta feita, compartilhamos da convicção da impossibilidade de observar um instituto jurídico desvinculado do tempo/espaço de sua formação, e das condições materiais de existência que preside as relações humanas, como modo de determinação do ser social. Não existe um instituto jurídico apenas criado pela consciência e que possa ser perfeitamente compreendido fora das condições materiais em que surgiu. Todos são decorrentes de uma dada situação e resultam de soluções encontradas para problemas sociais postos à solução de uma determinada sociedade em um determinado tempo. O ser social determina a consciência, e não esta determina o ser social[45].

Todavia, em franca revolta contra esta concepção, a teoria de Paul Laband foi transferida para realidades que não possuem a mesma história de desenvolvimento das relações político-jurídicas. Desta forma, foi amplamente acolhida pela doutrina francesa[46] e até mesmo pela nossa doutrina[47] a distinção entre lei em sentido material e formal e a natureza da lei orçamentária, situada mais sob o ponto de vista do ato administrativo do que sob a natureza de lei em seu amplo aspecto.

A lei fundamental da Prússia foi construída sob uma realidade conflituosa e contraditória, com a convivência de princípios informadores de uma monarquia limitada, representados pelo principio monárquico antes referido, com a necessidade

---

[44] Na verdade, as várias passagens simbólicas e metafóricas de O Dezoito Brumário encerram o entendimento de que na história a consciência social tem como seu estruturante e dialético fundamento o ser social, que, no caso do capitalismo, são o seu modo de produção e as duas principais classes sociais em luta: a burguesia e o proletariado. Aqui, as ciências sociais têm o sentido de descobrir as leis objetivas do desenvolvimento desse processo. Em outras palavras, a realidade não é o produto de fatos singulares, ocorridos aleatoriamente, mas esta é apenas a aparência das relações entre as classes sociais dentro do marco do desenvolvimento do capitalismo, em que a história é escrita a partir das contradições econômicas, sociais, políticas e culturais e da luta de classes, sob o ponto de vista das classes. A referência ao texto “O 18 de brumário de Louis Bonaparte”, (Marx, O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte - Obras Escolhidas de Marx e Engels).

[45] Parafraseando Karl Marx (1982, v.1, p. 531).

[46] Ver Gaston Jèze (1910, 1922,1950).

[47] Ver Baleeiro (2004); Campos (2006); Rosa (1999).

da existência de uma lei em sentido formal para consubstanciar o orçamento anualmente. Esta convivência de disposições está na raiz da crise que se instalou na Prússia, contradição que inexistia em Estados em que o Governo era baseado em uma predominância parlamentar e o princípio monárquico, como desenvolvido no sistema político germânico, não existia. Assim, a crise e sua solução parecem ser uma resultante de uma especial conformação política, típica da convivência de disposições de assento liberal com elementos conservadores.

A necessidade da existência de lei em sentido formal para aprovar o orçamento e, acima de tudo, o estabelecimento de periodicidade anual para sua existência marca um instrumento de controle que fortalece a posição do Parlamento em um sistema constitucional. A existência deste mecanismo em um sistema político baseado no princípio monárquico era uma contradição em termos que levaria à existência de sucessivas crises.

É bem certa a existência de teoria constitucional, organizada em torno do princípio da separação de poderes, que afirma sua existência com a finalidade de embaraçar o funcionamento do Estado, deixando-o propositalmente lento e resistente às mudanças com nítida intenção de preservar a forma presente das instituições políticas, criando dificuldades a quem quer que deseje a modificação do "status quo" vigente[48]. Não parece ser este o caso do sistema prussiano. Nele a prevalência do Rei está bem estabelecida, pois ele é o elemento fundante da Constituição.

A existência da dualidade não parece estar no objetivo de controle, mas sim parece resultar de uma contradição permanente em um sistema que procura avançar no sentido da democratização das instituições representativas, mas sem deixar de conservar o verdadeiro conteúdo do poder político na mão do monarca. A democratização, neste exemplo histórico, não ocorreu como decorrência de um processo de conquista do Estado pelas classes marginalizadas no processo de tomada de decisão. Resultou de uma solução de compromisso, em que a monarquia

---

[48] Neste sentido ver Leal (1999, p.18-36)

aceita a Constituição e a entrega ao povo, como um ato de graça real. O poder da Constituição não está assentado na soberania popular, mas sim na existência e persistência da monarquia[49].

Desta forma, a existência de um elemento de extração parlamentar em um sistema político fundado na outorga real do poder produziu um curto-circuito no sistema e engendrou o sistema de crises acima referido. Em sentido inverso, mas com uma coincidência impressionante pela lógica inversa que ostenta, a introdução de um instituto típico de regimes de monarquia limitada em sistema de governo de predominância parlamentar, produziu um híbrido que se revelou surpreendentemente fértil ao se desenvolver e conservar importância até os dias de hoje.

A migração da teoria de Paul Laband para o sistema francês ocorre sob os auspícios e encantamento de Jèze[50]. Este autor considera que o orçamento é, na sua essência, um ato político que representa um programa de ação política, inerente a qualquer governo. Assim, assume uma singular importância política sua votação pelo Parlamento, pois equivale a um montante financeiro posto à disposição do partido político majoritário para a efetivação de sua proposta de ação governamental (JÈZE, 1922).

A doutrina francesa deste autor ressaltou a ideia de que o orçamento é uma lei em sentido formal, destacando dois pontos fundamentais. O primeiro é que o orçamento é materialmente um ato autorizativo que nega o conteúdo de lei material e o segundo é o que considera o orçamento como um ato complexo e que cada um de seus elementos ou condições possuem naturezas jurídicas diversas. Para Jèze, o orçamento não é apenas um ato que prevê as receitas e estabelece as despesas para determinado período, mas igualmente é o ato que autoriza a satisfação das

---

[49] O curioso é que na Revolução de 1848 a burguesia não toma a frente do processo revolucionário e aprofunda a crise. Nesta situação, a burguesia recua em suas posições e alia-se com a nobreza, o que acaba por ver soçobrar a revolução. A unificação alemã se daria posteriormente, a partir da aliança conservadora. (Hobsbawm, A Era das Revoluções)

[50] Sobre tal autor ver nota nº 46.

despesas e a cobrança das receitas, sem estabelecer, contudo, qualquer regra de natureza permanente. Também considera ser o orçamento uma regra que dá conformidade à legislação anterior que dispõe sobre a gestão financeira ou criação de tributos, sendo possível afirmar ser um ato que meramente dá cumprimento a esta especial legislação, como decorrente necessário. Assim, o orçamento não é uma lei, mas sim um ato administrativo, com intervenção e aprovação pelo Parlamento por razões de natureza jurídico-política, vinculadas à necessidade de controle dos atos estatais (JÈZE, 1910). Desta forma, não é um ato de vontade popular, personificada pelo Parlamento que produz a lei. A norma pode ser criada de modo formal, conforme estabelecido pela Constituição e ainda, assim, não reunir a potencialidade material de uma lei. É necessário para tanto um processo de constatação que reconheça naquele ato, a aptidão de produzir efeitos jurídicos típicos de uma legislação.

Sua natureza jurídica é de um ato-condição que não cria, modifica ou extingue uma relação jurídica de caráter geral. Jèze também incorporou a ideia, desenvolvida por Léon Duguit (1911) de que o orçamento é um ato jurídico complexo, em que era possível distinguir, pelo menos, dois elementos: a) previsão de receitas e despesas anuais do Estado, e b) ato autorizativo, votado pelo Parlamento, que faz do orçamento um ato administrativo com forma legislativa. O orçamento, portanto, contém dois atos jurídicos distintos em um único documento formal. Desta maneira, temos na lei do orçamento uma dupla natureza: o orçamento de receita é lei material, na parte relativa aos impostos e em função da existência da regra da anualidade, possuindo a natureza jurídica de um ato-condição, todavia, caso não vigorasse a regra da anualidade, o orçamento das receitas não possuiria qualquer significação jurídica, sendo uma estimativa de ordem puramente financeira. O orçamento de despesas é lei apenas em sentido formal.

A concepção de Duguit não significava trazer, independentemente de prudente avaliação, a formulação da doutrina prussiana para uma realidade diversa, em que um sistema que visava à proteção e ao alargamento dos poderes do Governo, não poderia exercer a mesma função. Ademais, o ordenamento jurídico francês atribuía à lei do orçamento a função de proceder à aprovação de impostos

de caráter anual, possuindo, pelo menos sob este ponto de vista, a natureza de lei em sentido material. (DUARTE, 2007).

O orçamento das despesas significava a emissão de uma autorização à Administração para proceder ao dispêndio dos valores postos no orçamento, pelo que seria um mero ato de administração. No que concerne a orçamento de despesas sua concepção se aproxima da concepção prussiana, na medida em que considera a impossibilidade de atuação soberana do Parlamento em deixar de alocar verbas necessárias ao adequado funcionamento dos serviços públicos previstos em lei. Coerentemente com esta concepção, negava a possibilidade de rejeição do orçamento de despesa pelo Parlamento, porém considerando que a rejeição seria possível em relação ao orçamento da receita.

Desta feita, a visão de Léon Duguit (1911), considera que o orçamento é um complexo de ato de natureza distinta e até mesmo oposta. Sua natureza em tudo dissone de um ato unitário, pois é necessário separar o orçamento de despesas do orçamento de receitas. O orçamento de despesas não é uma lei em sentido material, mas sim um ato administrativo, cuja realização é autorizada pelo Parlamento ao funcionário competente, que poderá realizar determinada despesa de especificado valor dos cofres públicos[51]. Este ato de autorização cria uma situação jurídica para a administração que recebe a condição legal para exercer um ato de sua competência. O orçamento de receitas, consideradas estas como integradas por receitas de natureza patrimonial e de natureza tributária, possui natureza distinta. Relativamente às receitas de origem patrimonial não é possível considerar a existência de qualquer regra de direito em sua previsão, sendo mera operação administrativa. Já as receitas originadas na tributação contêm regra de direito, subordinada ao princípio da anualidade tributária (DUGUIT, 1911).

---

[51] Para tanto deve ser fixado em primeiro lugar. Para o debate a respeito da ordem de votação do orçamento de receita e despesa, veja-se: “E' razoável sustentar-se que a despeza deve ser votada antes da receita, porque o Estado tem obrigações que lhe são rigorosamente impostas e ás quaes não deve fugir, convindo que se saiba em quanto importa o cumprimento dessas obrigações antes de ser decretada a receita, para tirar-se dos impostos a necessária quantia. Mas não é razoável que se apadrinhe a doutrina de precedência do orçamento da despeza com a conveniência dos contribuintes, porque a verdade é que elles pagam sempre e cada vez mais, na proporção do crescimento certo, infallivel, das despezas publicas.” (ROURE, 1916)

A posição de Jèze não é a mesma de Duguit. O primeiro afasta, de modo mais completo, a possibilidade da lei orçamentária conferir direito subjetivo, sendo o mais enfático defensor da natureza administrativa da lei do orçamento a oeste do Rio Reno[52]. Considera existir uma distinção entre a lei que procede à aprovação do orçamento e o orçamento propriamente dito, pelo que admite a incorporação ao seu texto de disposição de conteúdo permanente e de natureza diversa da norma anual orçamentária[53]. Afasta-se da concepção de Duguit (1911), pois considera que a lei orçamentária nunca é lei em sentido material, pois o orçamento da receita carece de conteúdo legislativo por lhe faltar a característica imprescindível da generalidade, carecendo de um ato posterior para que pudessem ser, efetivamente, implementadas e executadas. Em razão do princípio da anualidade, sua natureza jurídica é de ato-condição, enquanto que Duguit afirma que, diante da existência da mesma regra, o orçamento da receita possui a natureza de uma lei material[54].

A exigência de ato interposto também acontece no orçamento da despesa, pois a inscrição de uma verba no orçamento não possui o condão de, por si só, conferir direito subjetivo a um particular relativamente a efetiva implementação de

---

[52] Tiago Duarte (A Lei por detrás do orçamento) considera que Gaston Jèze trouxe para o sistema jurídico francês a concepção prussiana sem atentar para as diferenças ao nível de organização do poder político e das funções orgânicas, ignorando o fato da vinculação entre esta teoria e a existência da monarquia dualista na Prússia.

[53] No desenvolvimento desta concepção está a doutrina brasileira aquiescendo para a prática. Veja-se Augusto Olympio Viveiros de Castro (Tratado dos impostos: estudo theorico e pratico), na defesa desta posição: "Em França, affirma Jéze, que as adjuncções orçamentárias são praticadas com uma desenvoltura que não tem igual em nenhum outro paiz do mundo. Não somente as leis do orçamento contêm disposições financeiras de natureza permanente, algumas da maior importância, como também estabelecem regras completamente estranhas ás finanças. Na Inglaterra, durante longo tempo, a Câmara dos Communs usou das caudas orçamentarias como meio de cercear o direito de exame da Câmara dos Lords. E, actualmente, se o appropriation act insere somente disposições relativas á divisão dos créditos como ás autorizações para a realização dos serviços financeiros do anno, o finance act sancciona a pratica dos enxertos, exigindose apenas que elles não sejam inteiramente desprovidos de caracter financeiro. Na Allemanha, Laband reconhece a legitimidade das adjuncções, porque o legislador pôde associar em um mesmo acto legislativo cousas heterogêneas;

[54] "Le budget est tantôt une loi proprement dite, tantôt une opération administrative. – D'après le prof.Duguit, a) le budget des dépenses n'est jamais une loi. C'est un acte d'administration; mais b) le budget des recettes est tantôt une loi, tantôt une simple opération administrative. Dans les pays ou le Parlement enumere chaque année les seuls impôts et les seules taxes qui pourront éter perçus dans l'année (principe de l'annalité de l'impôt), le budget, en tant qu'il fait cette énumération des impôts et taxes, contient des régles legislatives au sens matériel. Quant à la partie du budget des recettes ou sont évalués les revenus des domaines de l'Etat, c'est une simple opération administrative. Dans les pays où l'impôt ne doit pas être renouvelé chaque année (legislations qui n'admettent pas le principe de l'annalité de l'impôt), le budget n'est pas une loi; lex tableaux indicatifs des impôts et taxes à percevoir doivent être considérés comme une simple operation administrative" (Jèze, Cours de science des finances et de législation financière française. p.23-24)

uma despesa discriminada. Neste sentido o orçamento funciona como condição para a efetivação da despesa.

A obrigatoriedade do Parlamento em relação ao orçamento da despensa equivale a afirmação da existência de direito adquirido em relação às despesas públicas já existentes, caracterizando a atuação do Parlamento como atividade de conteúdo vinculado em relação à aprovação das disposições do orçamento que aloquem verbas para fazer face a tais despesas, reconhecidas em exercícios anteriores (JÈZE,1910). Para tanto, a existência desta natureza de despesa possui a possibilidade de gerar direito subjetivo que deve ser apreciado pelo Parlamento na confecção da norma orçamentária, observado o princípio da anualidade, a feição, embora parcial, da teoria da manutenção e preservação dos serviços públicos como obrigação da Administração, que deve ser mantida e assegurada pelo legislador[55].

Mesmo a violação do crédito orçamentário autorizado pelo Parlamento não possui, em si, qualquer significação jurídica. Os contratantes em pacto firmado pela Administração em desobediência à legislação do orçamento não poderiam ter seus direitos atingidos ou modificados, não havendo relevância jurídica sequer para a modificação do orçamento previamente aprovado. A apuração da responsabilidade do administrador violador da lei orçamentária não poderia atingir o ato praticado ou terceiros que tivessem pactuado com o Poder Público, a responsabilização deste ocorreria no plano político[56]. Em resumo, no orçamento da despesa conteria a possibilidade da existência de despesas obrigatórias que devem ser incluídas pelo Parlamento, pois decorrentes de obrigações assumidas legalmente pela Administração. Na ocorrência de despesas efetivadas à míngua da autorização orçamentária, os terceiros envolvidos não sofreriam qualquer consequência jurídica advinda desta situação, pois os contratos deveriam ser cumpridos.

---

[55] No caso prussiano, assegurada até mesmo contra o legislador.

[56] "Si falta la autorización del Parlamento, si se excede dicha autorización, ello solo compromete generalmente la responsabilidad política de los ministros respecto a lãs Cámaras. Estas irregularidades no influyen sobre la validez jurídica del contrato" (JÈZE, 1950, v.4, p.18).

Duguit (1911) considera que o orçamento é composto de duas partes que distingue como: Orçamento da Receita e Orçamento da Despesa. No orçamento da receita estão enumeradas as fontes de ingressos, consubstanciadas nos impostos e outras rendas. Estas rendas estão vinculadas, no modelo francês, ao princípio da anualidade, pelo qual os impostos do exercício financeiro subsequente somente poderiam ser exigidos caso constassem do Orçamento da Receita, ocorrendo uma vinculação entre a possibilidade de tributar e a prévia existência de lei orçamentária estabelecendo a modalidade de ingresso da receita. Neste sentido, assume a feição de lei material, pois sem sua existência o pagamento de cada imposto anual não pode ser exigido ou cobrado, renovando-se a autorização legislativa e a consequente legalidade a cada ano.

No orçamento da despesa está o montante das despesas que a administração está autorizada a executar, sendo assim um autêntico ato administrativo condicionado pela lei. Em conclusão, toda decisão do Parlamento contendo a abertura de um crédito orçamentário seria corretamente caracterizada como um ato administrativo, contendo uma autorização para a posterior atuação da Administração. Todavia a despesa orçada deve ser aprovada pelo Parlamento, neste sentido, vinculado a legislar para prever o montante necessário ao funcionamento dos serviços anteriormente e legalmente criados[57]

Destaque-se a disparidade entre esta posição e a esposada pelo doutrinador prussiano. Duguit afirma a necessidade de aprovação prévia das despesas, mesmo em relação às despesas anteriormente estabelecidas, enquanto que Laband considera materialmente desnecessária a prévia aprovação, pois poderiam ser realizadas as despesas necessárias à aplicação das leis existentes, sob a responsabilidade política do Governo.

---

[57] Leon Duguit considera que o Parlamento poderia editar norma jurídica revogando legislação anterior que estabeleceria determinado serviço ou atividade que exigia verbas posteriores para sua manutenção. O que não seria possível seria a revogação indireta do serviço ou atividade pela omissão orçamentária, pois tal significaria uma desconfiança parlamentar perante o Governo, que seria forçado a apresentar sua demissão. Na hipótese da revogação de serviços ou atividades anteriormente revistas pela lei orçamentária está a raiz da defesa da possibilidade da existência de matéria estranha à disciplina orçamentária estrita na legislação do orçamento. Para tanto ver Duguit (1911, v.2) e Duarte (2007).

Porém, para estes autores franceses, o ponto essencial é que o orçamento seria uma delimitação de receitas e previsão de despesas, cabendo ao Poder executante a deliberação sobre a utilização do orçamento, dentro dos parâmetros definidos pela lei aprovada. É importante ressaltar, nesta concepção, que a aprovação do orçamento é realizada por lei meramente formal, cumprindo os requisitos para sua confecção, porém não possui o conteúdo material de lei, pois não possibilita a geração de direito subjetivo. Em suma, a norma orçamentária é lei para fixar a receita[58], porém não possui conteúdo legal para determinar a despesa, pois esta é de realização opcional para o executor do orçamento. Não existe direito a ver implementada uma despesa pelo órgão executante do orçamento, pois esta é meramente autorizada pelo legislador.

A noção de que o orçamento não é lei em sentido material e formal tem-se mantido ao longo do tempo e persiste em sua importância e consideração, apesar da incrível inaptidão dos elementos fundantes desta teoria com a nossa realidade de 200 anos[59], quanto mais a nossa realidade presente. Assim, apesar do forte conteúdo autoritário que está na raiz da concepção dualista da lei do orçamento, a teoria se mantém produzindo efeitos e sendo reproduzida a partir da autorizada lição de Gaston Jèze, com impacto até os nossos dias.

O contexto de elaboração de nossa primeira lei do orçamento permite verificar a forte influência de uma noção administrativa com reforço aos poderes do Estado na fixação da disciplina orçamentária, pois quando fixado no projeto da constituinte de 1823 e na Carta de 1824, encontrava ainda vacilante a doutrina relativa à votação das despesas pelo Parlamento, mesmo na Europa. Na Inglaterra, o Rei detinha a iniciativa de qualquer criação ou aumento de despesa, mesmo no regime

---

[58] Esta é a concepção de Leon Duguit consoante já anteriormente visto, não sendo a esposada por Gaston Jèze. Todavia, é defendido por Tiago Duarte (2007, p. 72) que defendeu uma evolução na posição de Jèze entre 1897 na obra "La véritable notion de la loi et la loi annuelle de finances: rôle du pouvoir législatif en matière de budget" e 1922 na obra "Traité de Science des Finances", é realizada uma reaproximação da função da lei do orçamento, reconhecendo-lhe a capacidade de realizar tarefas de lei material propriamente dita.

[59] Seria mais próxima de nossa realidade no regime constitucional do Império Brasileiro, especialmente pela existência do Poder Moderador, decorrente da especial posição em nosso sistema político. Sobre o Poder Moderador e a posição do Imperador do Brasil ver Barreto (1926).

parlamentar; na França a Constituição era omissa quanto à despesa; na Prússia e na Rússia dominava o absolutismo; na Bélgica não havia constituição nem direito orçamentário; na Holanda, só mais tarde se criou a obrigação do voto do orçamento da receita e despesa.[60]

A influência do publicista francês Gaston Jéze é bem sentida em nossa doutrina, como é possível verificar na transcrição da obra de Augusto Olympio Viveiros de Castro (1910) que trata da experiência em legislação orçamentária no Brasil nos primeiro anos da República.

> Com a devida venia desses dois mestres, eu prefiro a seguinte definição de Boucard & Jéze, porque Ella salienta logo a natureza jurídica do orçamento:
>
> E' o acto de administração geral pelo qual são resolvidas e autorizadas previamente, e para um periodo determinado, as despesas e as receitas annuaes do Estado. II. Realmente o orçamento não é uma lei, é um acto de administração, porquanto não estabelece nenhuma regra geral e permanente e sim assegura simplesmente a execução de leis preexistentes. Apezar disto, a sua votação pelo Poder Legislativo é um elemento essencial do credito do Estado. Quando as finanças, continuam os supracitados publicistas, estão sujeitas á umà fiscalização aprofundada do publico, quando ellas constituem o objecto de discussões que todo mundo pôde acompanhar e apreciar, escapam completamente ao arbítrio de um chefe de Estado. Os credores têm menos surpresas a recear, sabem com que podem contar ; o credito publico não depende mais da confiança que inspira tal ou qual ministro, repoisa sobre uma base certa e solida. Mas seria um erro pensar que toda deliberação do Poder Legislativo constitue uma lei, propriamente dita, ou, mais precisamente, que ao alludído Poder é vedado praticar actos de administração.
>
> ...
>
> A natureza de um acto não é determinada pela do poder que o pratica, e sim pelo exame intrínseco da sua substancia. A lei deve sempre conter um preceito jurídico geral, uma determinação de direitos applicaveis a todos os casos comprehendidos no mesmo preceito ; lex est commune precaution, dizia Papiniano. O seu característico é a estabilidade, a sua indole a permanência, não deve vigorar em prazos fixos, mais ou menos longos, mas até que outras necessidades sociaes tornem indispensável a sua revogação ou

[60] Conforme descreve Roure (1916).

> derogação. Os actos que não cream direitos verdadeiros e próprios não são leis, se bem que tenham a sua fôrma. Assim, por exemplo : os tratados intemacionaes são approvados pelo Poder Legislativo, têm a fôrma da lei, mas na realidade são medidas executivas. Bouvier & Jéze também não consideram o orçamento como lei, porque definem esta — uma regra primordial e fundamental, regendo as relações sociaes dentro do Estado de fôrma geral e permanente. Ora, o orçamento não constitue uma regra fundadamental, geral e permanente; a periodicidade, pelo contrario, é o seu attributo essencial. Logo elle pertence á classe das leis formats, mas a sua verdadeira natureza jurídica é a de acto de alta administração, meio efficaz de syndicate politico, uma garantia, um instrumento de fiscalização. Importa não esquecer que no antigo direito o poder de fazer leis era considerado distincto do de votar orçamento. Os soberanos exerciam, em regra, o poder legislativo; eram, porém, as assembléas que votavam os fundos necessários ao serviço publico.
>
> ... VI. Sendo o orçamento um acto administrativo,dizem Boucard & Jéze, que entra no numero das attribuições normaes do Governo, é claro que a elle deve competir exclusivamente a iniciativa orçamentaria, mesmo porque é o unico responsável pela execução das leis e dos serviços públicos, sendo de sua competência dizer as sommas de que precisa e quaes os recursos de que pôde lançar mão.
>
> ...
>
> Boucard & Jéze, se bem que reconheçam theoricamente o direito do Parlamento de não votar os orçamentos, o anullam na pratica affirmando que em certos casos o voto do legislador se torna obrigatório.

A consideração da natureza de lei formal do orçamento, além da enunciada verdade de que a natureza fundamental de um ato não pode variar segundo o órgão que o aprova, é trazida da doutrina prussiana para a doutrina francesa e desta, para a doutrina brasileira. A doutrina do orçamento, assim exposta, é reproduzida até os dias de hoje, sendo admitida por autores do porte de Aliomar Baleeiro (2004) a natureza jurídica do orçamento como composto por atos-regra e ato-condição[61], sem conteúdo jurídico.

---

[61] A distinção efetuada por Aliomar Baleeiro entre ato-regra e ato-condição é baseada na classificação efetuada por Leon Duguit, também utilizada por Gaston Jèze, que considera que entre o ato-regra e o ato subjetivo medeia, em certos casos, outro ato, que não se confunde com qualquer deles e tem por fim tornar aplicável a determinados indivíduos, ou casos, as situações gerais estatuídas no ato-regra. O ato-regra só se torna aplicável, em certos casos, às situações indívíduais depois que se produz este novo ato mediado, por isso chamado de ato-condição. (BALEEIRO, 2004, p. 440)

Como bem coloca Canotilho (1978), a doutrina do duplo conceito de lei inseria-se no modelo positivista e no método jurídico-formal, baseando-se na geração de conceitos antagônicos: − norma jurídica – negócio jurídico, direito objetivo – direito subjetivo, criação de direito – aplicação do direito, lei material – lei formal, esfera interna – esfera externa, abstrato – concreto, que se convertem em centro da dogmática jurídica, que assim remete os problemas político-constitucionais para o campo da conceitualização lógico-formal. Posta exclusivamente sob a ótica jurídico-formal, a teoria não serve para resolver os problemas constitucionais postos nos dias de hoje, especialmente ante a mudança do mundo e da própria forma da condução da sociedade e do Estado.

O debate a respeito da natureza jurídica da lei orçamentária, considerando-a norma jurídica sob o aspecto puramente material, ou se podemos considerar a existência de elemento material para a plena composição do conceito de lei, persiste em decorrência fundamental da visão de Estado e Sociedade que o anima. Todavia é certo considerar que a lei orçamentária hoje tem essencial função gerencial-política, em especial com o surgimento e a adoção do orçamento-programa, após as crises capitalistas e o processo de sua superação a partir de 1929. Conformado, em termos de legislação brasileira a partir da edição da Lei 4.320/64, o orçamento ganha natureza diversa da proposta na teoria alemã, por passar a conter não só limites de gasto e a estima de receita do Estado, mas os próprios fins da administração enquanto instrumento financeiro do Estado, suas diretrizes, objetivos e metas, como instrumentos para a consecução de seus objetivos.

Reproduzida por nossos doutrinadores, esta visão limitada da natureza jurídica da norma orçamentária tem-se mantido prestigiada em nossa doutrina e considerada pela jurisprudência, sendo mesmo prestigiada por decisões do Supremo Tribunal Federal[62]. A discussão nas páginas que se seguem versará sobre a persistência

[62] STF – ADI 1640 QO/UF – UNIÃO FEDERAL, julgada em 12/02/1998. Publicada em 03/04/1998. Relator: Min. Sydney Sanches. “DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA – C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE "DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F." COMO PREVISTA NA LEI Nº 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO – E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, "A", DA C.F. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se

deste entendimento e sua correspondência com o passar dos tempos, considerando os termos de nossa Constituição e a evolução da concepção de controle das atividades do Poder Público.

2.4 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Note-se que, no direito brasileiro, prevaleceu a concepção, derivada do modelo francês e remotamente prussiano, do orçamento como modalidade de controle e materialmente ato administrativo, pertencente ao âmbito primário de atuação do Poder Executivo.

Com efeito, as primeiras Constituições brasileiras − de 1824[63] e de 1891[64]− trataram apenas superficialmente da questão orçamentária, cabendo à legislação ordinária a ordenação da matéria[65]. Na Constituição Imperial a condução do

---

pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime"

[63] Constituição do Império de 1824. Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral. X. Fixar annualmente as despezas publicas, e repartir a contribuição directa. Art. 172. O Ministro de Estado da Fazenda, havendo recebido dos outros Ministros os orçamentos relativos ás despezas das suas Repartições, apresentará na Camara dos Deputados annualmente, logo que esta estiver reunida, um Balanço geral da receita e despeza do Thesouro Nacional do anno antecedente, e igualmente o orçamento geral de todas as despezas publicas do anno futuro, e da importancia de todas as contribuições, e rendas publicas.

[64] Constituição Federal de 1891. Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 1º) orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro; Art 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra: 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

[65] Sobre a criação do primeiro orçamento no Brasil, são as palavras de Agenor de Roure (1916): "Afinal veio a nova legislatura de 1830-1834 e esta deunos o primeiro orçamento regularmente decretado pelo poder competente, para o exercício financeiro de 1831-1832. Mas, assim mesmo, o paiz só teve orçamento em sessão extraordinária que se seguio á ordinária, a 3 de Setembro de 1830, havendo Pedro I declarado "sentir muito ter de significar á assembléa o quanto lhe havia sido desagradável que a sessão ordinária chegasse ao seu termo sem os actos que a Constituição exigia e que o povo esperava do patriotismo dos seus representantes." Pela ultima vez falava aos representantes do povo, pois a 7 de Abril do anno seguinte era forçado a abdicar e partir do Brazil. Como D. Pedro I fizera icom o seu pae, fez a Regência com D. Pedro, accusando-o, por intermédio do ministro da fazenda, cujo relatório falava em "desperdícios e prevaricações", em "desleixo pela impunidade".

processo orçamentário era presidido pela possibilidade de intervenção do Imperador, no exercício da faculdade de atuação no processo de coordenação dos Poderes, com o uso do Poder Moderador[66] para a solução das possíveis crises que surjam, consoante se pode verificar pela transcrição abaixo:

> Respostas do Conselheiro Francisco Carneiro de Campos à consulta de D. Pedro I. (Museu Imperial, Doc. 4249).
>
> 3º Quezito. Que vos parece deverá fazer o Governo se as emendas do Senado forem regeitadas na Camara Electiva, e esta se recuzar à formar novo orçamento, ou aquella à votar em reunião?
>
> 4º Quezito. Que vos parece deverá fazer o Governo quando a Camara dos Deputados, tendo adoptado as emendas, insistir em não querer dar providencias acerca do meio circulante?
>
> No cazo dos dois quezitos acima o Governo deverá aconselhar a V.M.I. pº q., em virtude do Poder Moderador q. exerce, segundo o art. 101 § 5º da Constituição do Imperio, haja por bem adiar a Assemblea Geral pº o 1º dia de Abril do anno proximo futuro, decretando provizoriamente que a prezente lei do orçamento se ponha já em execução em todos os artigos consentidos por ambas as Camaras. A antecipação de hum mez à Sessão ordinaria mostrará a sollicitude de V.M.I. em promovem hua nova lei de tanta importancia como a do orçamento e a organização do meio circulante que não he menos necessaria: entretanto as paixoens esfrião, meditar-se-hão melhor os planos de remediar a crise financeira e esta não se aggravará muito na esperança de hua medida | ilegível | em época pouco distante. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1830. Francisco Carneiro de Campos."[67]

No período republicano, vale citar a Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, aperfeiçoada pela Lei nº 30, que em seu artigo 30, conferiu competência ao Ministério da Fazenda para "centralizar, harmonizar, alterar ou reduzir os orçamentos parciais dos Ministérios para organizar a proposta", estabelecendo a competência do Presidente da República para encaminhar a proposta orçamentária.

Esse primeiro orçamento votado regularmente e sanccionado, ainda era, como outros que lhe seguiram, uma lei única para a receita e despeza,..."

[66] Para detalhes da natureza do Poder Moderador e sua aplicação no orçamento do Império remeto à obra Formação do Direito Orçamentário Brazileiro (ROURE) e, ainda mais detalhadamente sobre a questão veja a defesa do instituto realizada por Tobias Barreto (1926).

[67] Atas do Conselho de Estado Segundo Conselho de Estado, 1823 – 1834, disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/anais/pdf/ACE/ATAS2-Segundo_Conselho_de_Estado_1822-1834.pdf

Esta norma também tipificava a omissão do Presidente da República em apresentar a proposta de orçamento. Esta disposição conflitava com a previsão constitucional que reservava ao Parlamento a deliberação a respeito do orçamento, sem prever a iniciativa do Presidente da República em sua apresentação. A solução encontrada resultou no procedimento de envio de projeto de orçamento pelo Poder Executivo como subsídio à deliberação do Parlamento, sem o caráter formal de projeto de norma orçamentária[68], tendo em consideração a norma genérica de competência que atribuía ao Presidente da República a capacidade de apresentar projetos ao Congresso, nos termos do artigo 29 da Constituição vigente.

Apenas com a reforma da Constituição, em 1926, é que houve a superação definitiva do impasse, com a transferência da elaboração da proposta orçamentária para o Poder Executivo[69]. A competência transferida ao Executivo foi confirmada posteriormente pela Constituição de 1934[70]. A reforma constitucional de 1926 alterou, dentre outras disposições, a redação do artigo 34 da Constituição de 1891, passando a prever a prorrogação do orçamento anterior, na hipótese de inexistência de norma nova e, especialmente, passou a proibir a inserção de dispositivo estranho

---

[68] O procedimento do Executivo em subsidiar a Câmara dos Deputados com os elementos necessários à confecção do orçamento, sem a possibilidade de apresentação de projeto formal, foi institucionalizado com o surgimento do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4536, de 28.01.1922). Esta norma passou a prever o prazo até 31 de maio de cada ano para que o governo enviasse à Câmara dos Deputados a proposta de fixação da despesa, para servir de base à iniciativa da Lei do Orçamento.

[69] Além de outros dispositivos com propostas moralizadoras, dentre as quais se destaca a proibição de inclusão na lei orçamentária de disposição estranha à previsão de receita e à fixação da despesa pública para os serviços anteriormente criados, além da vedação à concessão de créditos ilimitados. Esta reforma constitucional também previu disposição que autorizava ao Presidente da república a prorrogação do orçamento vigente, se até 15 de janeiro não estiver o novo em vigor. O sentido desta última disposição foi mantida pelos termos da subsequente Constituição de 1934, com redação diversa.

[70] Constituição Federal de 1934. Art 39 - Compete privativamente ao Poder Legislativo, com a sanção do Presidente da República: 2) votar anualmente o orçamento da receita e da despesa, e no início de cada Legislatura, a lei de fixação das forças armadas da União, a qual nesse período, somente poderá ser modificada por iniciativa do Presidente da República; Art 50 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos dos fundos e incluindo-se discriminadamente na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos. § 1º - O Presidente da República enviará à Câmara dos Deputados, dentro do primeiro mês da sessão legislativa ordinária, a proposta de orçamento. § 2º - O orçamento da despesa dividir-se-á em duas partes, uma fixa e outra variável, não podendo a primeira ser alterada senão em virtude de lei anterior. A parte variável obedecerá a rigorosa especialização. § 3º - A lei de orçamento não conterá dispositivo estranho à receita prevista e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados. Não se incluem nesta proibição: a) a autorização para abertura de créditos suplementares e operações de créditos por antecipação de receita; b) a aplicação de saldo, ou o modo de cobrir o déficit. § 4º - É vedado ao Poder Legislativo conceder créditos ilimitados. § 5º - Será prorrogado o orçamento vigente se, até 3 de novembro, o vindouro não houver sido enviado ao Presidente da República para a sanção.

à previsão de receita e fixação de despesa na legislação ânua, tornando formalmente ilegal a existência das "caudas orçamentárias"[71].

A disciplina que passou a vigorar previa um regime onde cabia ao Presidente da República a competência para elaboração da proposta orçamentária, cabendo ao Legislativo a sua votação. A apreciação das contas era de competência do Parlamento com auxílio do Tribunal de Contas. O artigo 50 desta Constituição previa a observância dos princípios da anualidade, unidade e especialização do orçamento.

O sistema descentralizado e fortemente federalista do regime constitucional de 1891 foi superado pelo novo modelo de constituição – e de Estado, que tomava forma a partir da vitoriosa Revolução de 1930[72]. A ideia do planejamento, como meio de estabelecer as bases de um Estado moderno, passou a influenciar também as normas que autorizavam dar forma à peça orçamentária. A noção de unidade da peça orçamentária e especialização rigorosa da parte variável do orçamento foi implementada, atribuindo-se ao Legislativo o poder de votar a proposta orçamentária encaminhada pelo Executivo, sem qualquer limitação na possibilidade de emendar a proposta ofertada. É de notar ainda a existência de elemento vinculado de receita na realização de despesa, na Constituição de 1934, afetando receitas alocadas no orçamento para satisfação de necessidades especificas, basicamente vinculadas à educação.[73]

---

[71] Redação alterada do artigo 34, § 1º da Constituição Federal de 1891: "As leis do orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da Receita e à Despesa fixada para os serviços anteriormente criados. Não se incluem nessa proibição: a) a autorização para abertura de créditos suplementares e para operações de crédito como antecipação da Receita; b) a determinação do destino a dar ao saldo do exercício ou do modo de cobrir o déficit. § 2º É vedado ao Congresso conceder créditos ilimitados". Em relação às "caudas orçamentárias" ver notas nº 53 e nº 293

[72] Para tanto ver Fausto (2001).

[73] Constituição Federal de 1934. Art 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual; Art 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação. § 1º - As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei.

Em 16 de junho de 1937, foi editada a Exposição de Motivos do Conselho Federal do Serviço Público Civil, propondo modificações na técnica orçamentária e sugerindo a criação de um órgão especializado, incumbido de tratar os problemas orçamentários do governo federal. Por esta razão, a Carta Política de 10 de novembro de 1937[74] incluiu na estrutura burocrática do Governo Federal um Departamento de Administração Geral[75]. O Decreto-Lei nº 2.026, de 21 de fevereiro de 1940, criou a Comissão de Orçamento do Ministério da Fazenda como o primeiro órgão central orçamentário, sendo este posteriormente substituído pela Divisão de Orçamento do DASP.[76]

---

[74] Constituição Federal de 1937. Art 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público; b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados; c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária. Art 68 - O orçamento será uno, incorporando-se obrigatoriamente à receita todos os tributos, rendas e suprimentos de fundos, incluídas na despesa todas as dotações necessárias ao custeio dos serviços públicos. Art 69 - A discriminação ou especialização da despesa far-se-á por serviço, departamento, estabelecimento ou repartição. § 1º - Por ocasião de formular a proposta orçamentária, o Departamento Administrativo organizará, para cada serviço, departamento, estabelecimento ou repartição, o quadro da discriminação ou especialização, por itens, da despesa que cada um deles é autorizado a realizar. Os quadros em questão devem ser enviados à Câmara dos Deputados juntamente com a proposta orçamentária, a título meramente informativo ou como subsídio ao esclarecimento da Câmara na votação das verbas globais. § 2º - Depois de votado o orçamento, se alterada a proposta do Governo, serão, na conformidade do vencido, modificados os quadros a que se refere o parágrafo anterior; e, mediante proposta fundamentada do Departamento Administrativo, o Presidente da República poderá autorizar, no decurso do ano, modificações nos quadros de discriminação ou, especialização por itens, desde que para cada serviço não sejam excedidas as verbas globais votadas pelo Parlamento. Art 70 - A lei orçamentária não conterá dispositivo estranho à receita prevista e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados, excluídas de tal proibição: a) a autorização para abertura de créditos suplementares e operações de crédito por antecipação da receita; b) a aplicação do saldo ou o modo de cobrir o deficit . Art 71 - A Câmara dos Deputados dispõe do prazo de quarenta e cinco dias para votar o orçamento, a partir do dia em que receber a proposta do Governo; o Conselho Federal, para o mesmo fim, do prazo de vinte e cinco dias, a contar da expiração do concedido à Câmara dos Deputados. O prazo para a Câmara dos Deputados pronunciar-se sobre as emendas do Conselho Federal será de quinze dias contados a partir da expiração do prazo concedido ao Conselho Federal. Art 72 - O Presidente da República publicará o orçamento: a) no texto que lhe for enviado pela Câmara dos Deputados, se ambas, as Câmaras guardarem nas suas deliberações os prazos acima afixados; b) no texto votado pela Câmara dos Deputados se o Conselho Federal, no prazo prescrito, não deliberar sobre o mesmo; c) no texto votado pelo Conselho Federal, se a Câmara dos Deputados houver excedido os prazos que lhe são fixados para a votação da proposta do Governo ou das emendas do Conselho Federal; d) no texto da proposta apresentada pelo Governo, se ambas as Câmaras não houverem terminado, nos prazos prescritos, a votação do orçamento.

[75] Ver Lei nº 579, de 30 de julho de 1938. Art. 3º: Até que seja organizada a Divisão de Orçamento, a proposta orçamentária continuará a ser elaborada pelo Ministério da Fazenda com a assistência do DASP.

[76] Decreto-Lei nº 7.416 de 26 de março de 1945. Art. 1º. À Divisão do Orçamento do Departamento Administrativo do Serviço Público, a que se refere o parágrafo único do art. 3º do Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, passam as atribuições transitoriamente conferidas à Comissão de Orçamento pelo Decreto-Lei nº 2.026, de 21 de fevereiro de 1940.

A quarta constituição da história brasileira foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937[77]. A nova constituição era a roupagem jurídica para a ditadura do Estado Novo, instalado no mesmo dia de vigência desta constituição. Sua elaboração coube a Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, possuindo uma essência autoritária e centralista. Relativamente ao orçamento, passou a discipliná-lo em um capítulo específico[78], prevendo também a criação do Departamento Administrativo para elaborar e fiscalizar sua execução[79]. O processo legislativo do orçamento regulava sua iniciativa, que competia ao Poder Executivo e sua tramitação, com prazo de deliberação extremamente curto[80]. Parece evidente que a intenção do texto era a mera aprovação da proposta apresentada pelo Poder Executivo[81], com reduzido poder real do Parlamento de realizar

---

[77]O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, ATENDENDO às legitimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil; ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente; ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo; Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas; Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o Pais:

[78] Constituição de 1937: da elaboração orçamentária. Artigos 67/72.

[79] Constituição de 1937: Artigo 67 - Haverá junto à Presidência da República, organizado por decreto do Presidente, um Departamento Administrativo com as seguintes atribuições: a) o estudo pormenorizado das repartições, departamentos e estabelecimentos públicos, com o fim de determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamento, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho, relações de uns com os outros e com o público; b) organizar anualmente, de acordo com as instruções do Presidente da República, a proposta orçamentária a ser enviada por este à Câmara dos Deputados; c) fiscalizar, por delegação do Presidente da República e na conformidade das suas instruções, a execução orçamentária.

[80] Constituição de 1937. Artigo 71 - A Câmara dos Deputados dispõe do prazo de quarenta e cinco dias para votar o orçamento, a partir do dia em que receber a proposta do Governo; o Conselho Federal, para o mesmo fim, do prazo de vinte e cinco dias, a contar da expiração do concedido à Câmara dos Deputados. O prazo para a Câmara dos Deputados pronunciar-se sobre as emendas do Conselho Federal será de quinze dias contados a partir da expiração do prazo concedido ao Conselho Federal.

[81]Constituição de 1937. Artigo 72 - O Presidente da República publicará o orçamento: a) no texto que lhe for enviado pela Câmara dos Deputados, se ambas, as Câmaras guardarem nas suas deliberações os prazos acima afixados; b) no texto votado pela Câmara dos Deputados se o Conselho Federal, no prazo prescrito, não deliberar sobre o mesmo; c) no texto votado pelo Conselho Federal, se a Câmara dos Deputados houver excedido os prazos que lhe são fixados para a votação da proposta do Governo ou das emendas do Conselho Federal; d) no texto da proposta apresentada pelo Governo, se ambas as Câmaras não houverem terminado, nos prazos prescritos, a votação do orçamento.

alterações, até mesmo pelo exíguo prazo. Todavia, caso fosse ultrapassada esta dificuldade e, mercê de todos os percalços, pudesse o Parlamento alterar a proposta do Executivo, este poderia retornar ao texto anterior, sem nova submissão ao Poder Legislativo[82]. Todavia deve ser destacado que mesmo este procedimento draconiano não foi implementado pois, durante toda a vigência do Estado Novo, não foi realizada a instalação das Casas Legislativas, sendo assim os orçamentos do período, bem como as leis de modo geral, foram elaborados e aprovados pelo Poder Executivo. A própria vigência da Constituição, segundo o seu artigo 187[83], esteve pendente da realização de um plebiscito que a referendasse, o que também jamais foi feito.[84]

O regime constitucional de 1937 era autoritário. A ditadura foi instalada e gerou os institutos formais adequados ao seu desenvolvimento. As normas atinentes à formação do orçamento não poderiam fugir desta realidade. A normalidade constitucional é retomada com a deposição de Getúlio Vargas e a edição de uma nova Carta Constitucional em 1946.

O orçamento voltou a ser o modelo misto, com participação do Executivo na elaboração da proposta e posterior deliberação do Parlamento. A Constituição de 1946[85] amolda-se a um sistema de elaboração orçamentária mais democrático e,

---

[82]Constituição de 1937. Artigo 69 § 2º - Depois de votado o orçamento, se alterada a proposta do Governo, serão, na conformidade do vencido, modificados os quadros a que se refere o parágrafo anterior; e, mediante proposta fundamentada do Departamento Administrativo, o Presidente da República poderá autorizar, no decurso do ano, modificações nos quadros de discriminação ou, especialização por itens, desde que para cada serviço não sejam excedidas as verbas globais votadas pelo Parlamento.

[83] Constituição de 1937: Artigo 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República

[84]A Carta Outorgada de 1937 caracterizou-se pelo predomínio do Poder Executivo, usurpando até as prerrogativas do Legislativo. O presidente foi definido como a "autoridade suprema do Estado, que coordena os órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do País", consoante a norma constitucional. O poder Legislativo seria composto pelo presidente da República, pelo Conselho Nacional (que substituiu o Senado) e pelo Parlamento Nacional (Câmara dos Deputados). O Conselho Nacional seria composto por um representante de cada estado, eleito pelas Assembleias Estaduais, e por dez membros nomeados pelo presidente, com mandatos de seis anos. Foi criado o Conselho da Economia Nacional, composto pelos representantes da produção, sob a presidência de um ministro de Estado. Sua função seria de proporcionar assessoria técnica, visando obter a colaboração das classes, a racionalização da economia e a promoção do desenvolvimento técnico. (Fausto).

[85]Constituição Federal de 1946. Artigo 22 - A administração financeira, especialmente a execução do orçamento, será fiscalizada na União pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas, e nos Estados e

sob este viés, retoma a tradição constitucional brasileira de duplicidade na elaboração do orçamento, com a participação dos poderes Executivo e Legislativo neste mister. Outra característica marcante da Constituição de 1946 foi a adoção de planos setoriais e regionais, com reflexos no orçamento, ao estabelecer vinculações com a receita[86].

O indicador mais significativo de planejamento estatal foi a elaboração do Plano de Metas (1956-1961) no Governo Kubitschek. A estabilidade política e a convergência das forças políticas em torno das medidas econômicas, materializadas pelo plano permitiram sua implementação, reforçada pela conjuntura econômica favorável (FAUSTO, 2001). Já na primeira reunião de seu ministério, em 1º de fevereiro de 1956, criou um órgão diretamente subordinado à Presidência da

---

Municípios pela forma que for estabelecida nas Constituições estaduais. Artigo 65 - Compete ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República: I - votar o orçamento; Artigo 73 - O orçamento será uno, incorporando-se à receita, obrigatoriamente, todas as rendas e suprimentos de fundos, e incluindo-se discriminadamente na despesa as dotações necessárias ao custeio de todos os serviços públicos. § 1º - A lei de orçamento não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa para os serviços anteriormente criados. Não se incluem nessa proibição: I - a autorização para abertura de créditos suplementares e operações de crédito por antecipação da receita; II - a aplicação do saldo e o modo de cobrir o déficit. § 2º - O orçamento da despesa dividir-se-á em duas partes: uma fixa, que não poderá ser alterada senão em virtude de lei anterior; outra variável, que obedecerá a rigorosa especialização. Artigo 74 - Se o orçamento não tiver sido enviado à sanção até 30 de novembro, prorrogar-se-á para o exercício seguinte o que estiver em vigor. Artigo 75 - São vedados o estorno de verbas, a concessão de créditos ilimitados e a abertura, sem autorização legislativa, de crédito especial. Parágrafo único - A abertura de crédito extraordinário só será admitida por necessidade urgente ou imprevista, em caso de guerra, comoção intestina ou calamidade pública. Artigo 87 - Compete privativamente ao Presidente da República: XVI - enviar à Câmara dos Deputados, dentro dos primeiros dois meses da sessão legislativa, a proposta de orçamento; Artigo 204 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim. Parágrafo único - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal Federal de Recursos ou, conforme o caso, ao Presidente do Tribunal de Justiça expedir as ordens de pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

[86] Para um melhor estudo do planejamento, inclusive anteriormente à Constituição de 1946, remeto o leitor para a indispensável obra: Estado e Planejamento Econômico no Brasil (Ianni). Especificamente quanto à vinculação da receita, veja-se os artigos 198 e 199 da Constituição de 1946, a seguir transcritos: "Artigo. 198 - Na execução do plano de defesa contra os efeitos da denominada seca do Nordeste, a União dependerá, anualmente, com as obras e os serviços de assistência econômica e social, quantia nunca inferior a três por cento da sua renda tributária."; "Artigo 199 - Na execução do plano de valorização econômica da Amazônia, a União aplicará, durante, pelo menos, vinte anos consecutivos, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária. Parágrafo único - Os Estados e os Territórios daquela região, bem como os respectivos Municípios, reservarão para o mesmo fim, anualmente, três por cento das suas rendas tributárias. Os recursos de que trata este parágrafo serão aplicados por intermédio do Governo federal."

República, o Conselho do Desenvolvimento[87], que coordenou o detalhamento e a execução do plano. Tendo como secretário-executivo o presidente do BNDE e reunindo todos os ministros, os chefes do gabinete civil e militar e o presidente do Banco do Brasil, o Conselho constituiria uma administração paralela com autonomia de decisão suficiente para viabilizar a realização dos projetos. Ora, o planejamento possui, nas sociedades que visam à transformação econômica e social, um conteúdo fundamentalmente político, evidenciando a interligação entre a estrutura política e econômica, pelo que começa e termina no âmbito das relações políticas. (BERCOVICI, 2005).

O Plano de Metas (1956/1961) foi estruturado como o principal instrumento de política econômica do governo. Dentre seus objetivos mais gerais é de se destacar: a) abolir os pontos de estrangulamento da economia por meio de investimentos infraestruturais, a cargo do Estado; b) expandir a indústria de base, estimulando investimentos privados nacionais ou estrangeiros; c) criar condições econômicas, financeiras, sociais e políticas para o florescimento da livre iniciativa e; d) atrair o interesse de empresários estrangeiros, com seu capital e tecnologia. Para além destes objetivos, sua função seria estimular a poupança nacional e incentivar a modernização geral do sistema produtivo[88]. Foi construído a partir das conclusões de dois grupos de estudos: a Comissão Mista Brasil/Estados Unidos e o Grupo Misto BNDE-CEPAL[89]. Este Plano deu sentido de unidade a todos os projetos e programas setoriais nele previstos, sendo implementado pelo Conselho de

---

[87] Decreto nº 38.744, de 1º de fevereiro de 1956. Art. 1º Fica criado, diretamente subordinado ao Presidente da República, o Conselho do Desenvolvimento (CD), constituído pelos Ministros de Estado, Chefes de Gabinete Militar e Gabinete Civil da Presidência da República, Presidente do Banco do Brasil e do Bando Nacional do Desenvolvimento Econômico. Art. 2º Compete ao Conselho estudar as medidas necessárias à coordenação da política econômica do País, particularmente no tocante ao seu desenvolvimento econômico elaborar planos e programas visando a aumentar a eficiência das atividades governamentais e a fomentar a iniciativa privada; analisar relatórios e estatísticas sôbre evolução dos vários setores da economia; estudar e preparar projetos de leis, decretos e atos administrativos, bem como manter-se informado da implementação das medidas aprovadas.

[88] Conforme Ianni (2009, p. 153).

[89] A primeira propunha a transformação dos pontos de estrangulamento em pontos de crescimento, mediante investimentos que irradiassem a expansão econômica para o resto do sistema, com priorização na adoção de programas concretos e detalhados. O segundo grupo propunha o planejamento global da economia, tendo sido preparado, sob a liderança de Celso Furtado, um diagnóstico global da economia brasileira, com propostas para um programa de desenvolvimento (Bercovici, A Constituição Econômica e Desenvolvimento). CEPAL é a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe, tendo sido criada em 1948 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas com o objetivo de incentivar a cooperação econômica entre os seus membros.

Desenvolvimento, que deveria assumir a função de formulador e coordenador da política econômica nacional.

O Decreto nº 51.152, de 5 de agosto de 1961, alterado pelo Decreto nº 152, de 16 de novembro de 1961, criou a Comissão Nacional de Planejamento. Em 1962, por meio da Lei Delegada nº 1, foi criado o cargo de ministro extraordinário responsável pelo planejamento, inicialmente ocupado por Celso Furtado, submetendo o Conselho de Desenvolvimento à sua administração. O Plano Trienal se desenvolveu sob seus auspícios. A formulação de Celso Furtado é considerada como o primeiro instrumento de orientação da política econômica, com sua proposta de reforma econômica e de reformas de base, com a finalidade de converter a economia colonial em economia nacional, com a assunção dos centros de decisões essenciais ao progresso autônomo pelo Estado brasileiro. (BERCOVICI, 2005).

É de notar que, conforme Ianni (2009, p. 287), a história da política econômica desde 1930, passando pelo regime militar (o texto original foi publicado em 1971), oscilou entre duas tendências. A tendência que denominou “estratégia de desenvolvimento nacionalista”, que predominou no período de 1930/45, 1951/54 e 1961/64, com a proposta da realização de um projeto de capitalismo nacional como única alternativa para o progresso econômico e social. A outra estratégia, denominada “estratégia de desenvolvimento associado”, predominou nos anos de 1946/50, 1955/60 e a partir de 1964, contendo pressuposto do projeto de capitalismo associado, implicando o reconhecimento da conveniência e exigência da interdependência nas nações capitalistas, sob a hegemonia dos Estados Unidos. Estas tendências não se sucediam como opções governamentais, substituindo-se. Frequentemente conviviam, com um mesmo governo adotando soluções contraditórias ou ambíguas, realizando o que o autor citado denominou “movimento pendular” (288), no implemento das políticas econômicas. De qualquer forma, o movimento pendular não implicou dissonância quanto à necessidade da ação do planejamento como instrumento de efetivar seja o modelo de capitalismo nacional, seja o modelo de capitalismo associado. Ou seja, a transição para uma economia de predomínio industrial demandou uma alteração da estrutura do poder político, com a adoção de papéis novos na reorientação, funcionamento e expansão da economia

nacional. Esta alteração levou a uma modificação nas relações e estrutura política afetando, sensivelmente, o modo de articulação existente entre Executivo e Legislativo, com o crescimento relativo, chegando à hegemonia absoluta do Poder Executivo, fortalecido pelo surgimento de uma tecnocracia levada a desempenhar funções excepcionais no âmbito da relação dos Poderes.

A adoção do planejamento reforçaria esta preponderância do Poder Executivo, tendo em vista a necessidade do surgimento e desenvolvimento de instrumentos de coleta de dados e controle, de sorte a permitir a elaboração do planejamento, vinculado aos objetivos governamentais. Assim, a elaboração do orçamento passa a ser um domínio do Poder Executivo, na medida em que sugere refletir a política econômica, financeira e o programa de trabalho do governo[90]. Assim, considera que o modelo de desenvolvimento implicou a alteração da relação entre os Poderes. Sustenta que, com o crescimento da importância do Estado para o conjunto do sistema econômico, cresceram as exigências relacionadas com a coleta de informações, a sistematização de dados, a análise de problemas, a formação de previsões, a tomada de decisões, o controle da execução e a avaliação dos resultados particulares e gerais dos planos, programas e projetos, com a incorporação de conselheiros, técnicos, economistas, engenheiros nos órgãos de formulação, execução e controle da política econômica governamental[91].

Neste contexto foi aprovada e sancionada a Lei nº 4.320, de 17.03.64[92], estatuindo "Normas Gerais de Direito Financeiro para a elaboração e controle dos

---

[90] Lei nº 4320/64: “Artigo 2° A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.” “Artigo. 24. O Quadro de Recursos e de Aplicação de Capital abrangerá: I - as despesas e, como couber, também as receitas previstas em planos especiais aprovados em lei e destinados a atender a regiões ou a setores da administração ou da economia;”

[91] Ianni (2009, p.147) refere-se a existência de uma forma de consenso na opinião pública dos principais centros urbanos, de forma que os conceitos de planejamento e desenvolvimento econômico passaram a ser associados, tanto para os governantes, empresários e técnicos, como para boa parte da opinião pública. O planejamento assume uma posição de ferramenta indispensável para a adoção de qualquer dos modelos de desenvolvimento, incorporando-se ao ordenamento como modo de organizar a atuação estatal com reflexo na concepção de orçamento e no modo de sua elaboração.

[92] Lei nº 4320 de 17 de março de 1964. Art. 1º Esta lei estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, de acôrdo com o disposto no art. 5º, inciso XV, letra b, da Constituição Federal. Art. 2° A Lei do Orçamento

orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal". Aprovada com lei ordinária, sua função é regular as finanças públicas, tendo incorporado vários conceitos novos em termos de técnica orçamentária, destacando-se a adoção da técnica do orçamento-programa na elaboração do orçamento federal, refletindo a tendência acima citada quanto a necessidade da adoção do planejamento como instrumento para regular a atuação do Estado, neste sentido o orçamento é seu instrumento de atuação.

A Lei nº 4.320/64[93] é, ainda hoje, importante diretriz para a elaboração do Orçamento Geral da União. Publicada há mais de quarenta e cinco anos, tendo permanecido em vigor por um período de tempo em que nosso Estado e a sociedade passaram por profundas e diversas transformações especialmente a discrepância entre o "mergulho no abismo" e a restauração democrática[94]. Esta norma geral estabeleceu as diretrizes para a elaboração, execução e controle do orçamento público, aplicável aos Estados e Municípios[95], ainda possui diversos dispositivos em vigor, permanecendo em uso[96], apesar de demandar atualização, especialmente ante as inovações trazidas pela atual Constituição Federal.

Em 31 de março de 1964 ocorreu o rompimento na ordem institucional com o advento de um golpe militar que afastou o Presidente da República de suas funções e o substituiu, inicialmente por um dos lideres do movimento militar[97] e

---

conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.

[93] Para exame da Lei nº 4320/64 remeto o leitor para a obra Orçamentos Públicos (CONTI, 2009)

[94] Refiro-me ao golpe militar de 1964 e ao processo de retomada de nossa história democrática, culminando pela edição da Constituição de 1988.

[95] Esta lei foi criada com a finalidade de proporcionar uma uniformidade ao tratamento da matéria, estabelecendo normas gerais disciplinando a elaboração do orçamento público, sua aplicabilidade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ver fundamento no artigo 5º, XV, "b" primeira parte da Constituição de 1946 e atualmente artigo 24, II c/c § 1º da Constituição de 1988.

[96] Concomitantemente à Lei Complementar nº 101/2001. Por uma especificidade de nossa atual constituição (artigo 163, I) a Lei nº 4320/64 foi recepcionada em nosso ordenamento jurídico, possuindo um "status" ficto de lei complementar.

[97] O Gal. Castelo Branco foi eleito indiretamente pelo Congresso Nacional, com apoio no Ato Institucional nº 1. Com a doença e posterior falecimento de seu sucessor Gal. Costa e Silva, o Poder Executivo passou a ser exercido por uma Junta Militar que promulga a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, que reformula completamente a Constituição de 1967. (FAUSTO, 2001)

posteriormente por uma junta governativa militarizada. Este governo procedeu a uma revisão autoritária do processo de elaboração do orçamento.

O Decreto nº 53.914, de 11 de maio de 1964, criou o cargo de Ministro Extraordinário do Planejamento e Coordenação Econômica[98], com a atribuição de "dirigir e coordenar a revisão do plano nacional de desenvolvimento econômico; coordenar e harmonizar, em planos gerais, regionais e setoriais, os programas e projetos elaborados por órgãos públicos; coordenar a elaboração e a execução do Orçamento Geral da União e dos orçamentos dos órgãos e entidades subvencionadas pela União, harmonizando-os com o plano nacional de desenvolvimento econômico" [99].

A Constituição de 1967 reforçou o caráter centralizador e autoritário do regime vigente, rompendo com o sistema de elaboração conjunta da norma orçamentária entre o Executivo e o Parlamento. Dentre seus dispositivos, vale destacar a limitação estabelecida no "caput" do artigo 67 e em seu parágrafo[100], além de tolher a atuação

---

[98] Decreto nº 53.914, de 11 de maio de 1964. Art. 1º Incumbe ao Ministro de Estado Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica: a) dirigir e coordenar a revisão do plano nacional de desenvolvimento econômico, em cooperação com os Ministérios e demais órgãos da administração direta ou descentralizada do Govêrno da União; b) coordenar e harmonizar, em planos gerais, regionais e setoriais, os programas e projetos elaborados por órgãos da administração pública, entidades paraestatais, sociedades de economia mista, e emprêsas subvencionadas pela União; c) conhecer e coordenar os planos de ajuda externa, econômica, financeira e de assistência técnica prestadas aos órgãos e entidades referidas na alínea "b": d) coordenar a elaboração e a execução do Orçamento Geral da União e dos orçamentos dos órgãos e entidades referidos no item "b" harmonizando-os com o plano nacional de desenvolvimento econômico; e) assessorar o Presidente da República na decisão de assuntos relacionados com o plano de desenvolvimento econômico e na formulação de planos e projetos de desenvolvimento econômico e social;

[99] No regime da Constituição de 1967/69 foi editado o Ato Complementar nº 43/69 que concebia o planejamento como equivalente ao programa de determinado governo, limitando-o temporalmente ao mandato presidencial. Seu objetivo era assegurar o desenvolvimento econômico acelerado, sendo imposto pelo Governo Central, sem qualquer preocupação com a discussão parlamentar, com a possibilidade, inclusive, de aprovação por decurso de prazo. (Bercovici, A Constituição Econômica e Desenvolvimento). Foram elaborados dos planos: I PND para o período de 1972/74 e o II PND para o período de 1975/79.

[100] Constituição brasileira de 1967: Art. 67 - É da competência do Poder Executivo a iniciativa das leis orçamentárias e das que abram créditos, fixem vencimentos e vantagens dos servidores públicos, concedam subvenção ou auxilio, ou de qualquer modo autorizem, criem ou aumentem a despesa pública. § 1º - Não serão objeto de deliberação emendas de que decorra aumento da despesa global ou de cada órgão, projeto ou programa, ou as que visem, a modificar o seu montante, natureza e objetivo. § 2º - Os projetos de lei referidos neste artigo somente sofrerão emendas nas comissões do Poder Legislativo. Será final o pronunciamento das Comissões sobre emendas, salvo se um terço dos membros da Câmara respectiva pedir ao seu Presidente a votação em Plenário, sem discussão, de emenda aprovada ou rejeitada nas Comissões. § 3º - Ao Poder Executivo será facultado enviar mensagem a qualquer das Casas do Legislativo, em que esteja tramitando o Projeto de Orçamento, propondo a sua retificação, desde que não esteja concluída a votação do subanexo a ser alterado

do Legislativo, impedindo-o de efetuar qualquer modificação de monta no projeto orçamentário. Releva destacar também a existência de um mecanismo de segurança, dispondo que a não devolução do projeto, apresentado para sanção, em quatro meses, implicava a autorização ao Executivo para promulgar a proposta então encaminhada[101]. Deve ser destacada neste modelo constitucional a inserção de dispositivo que prevê a necessidade de um equilíbrio entre receita e despesa na elaboração do orçamento. É de notar que a previsão de equilíbrio no orçamento foi introduzida nesta Constituição, com a previsão de um mecanismo de segurança de sorte a excepcionar a regra de equilíbrio, na hipótese de execução de política corretiva de recessão econômica ou na hipótese de necessidade de abertura de crédito extraordinário, este somente admissível em casos de necessidade imprevista, como guerra, subversão interna ou calamidade pública. Nesta situação, o montante da despesa autorizada poderia ser superior ao total das receitas estimadas para o mesmo período[102].

Em 25 de fevereiro de 1967, o Decreto Lei nº 200 criou o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e estabeleceu como sua área de competência a programação orçamentária e a proposta orçamentária anual. A Lei nº 6.063, de 1º de maio de 1974, extinguiu o Ministério e o transformou em uma Secretaria, mantendo o "status" de Ministério, vinculada diretamente à Presidência da República. Em

---

[101] Constituição brasileira de 1967: Art. 68 - O projeto de lei orçamentária anual será enviado pelo Presidente da República à Câmara dos Deputados até cinco meses antes do início do exercício financeiro seguinte; se, dentro do prazo de quatro meses, a contar de seu recebimento, o Poder Legislativo não o devolver para sanção, será promulgado como lei. § 1º - A Câmara dos Deputados deverá concluir a votação do projeto de lei orçamentária dentro de sessenta dias. Findo esse prazo, se não concluída a votação, o projeto será imediatamente remetido ao Senado Federal, em sua redação primitiva e com as emendas aprovadas. § 2º - O Senado Federal se pronunciará sobre o projeto de lei orçamentária dentro de trinta dias. Findo esse prazo, não concluída a revisão, voltará o projeto à Câmara dos Deputados com as emendas aprovadas e, se não as houver, irá à sanção. § 3º - Dentro do prazo de vinte dias, a Câmara dos Deputados deliberará sobre as emendas oferecidas pelo Senado Federal. Findo esse prazo, sem deliberação, as emendas serão tidas como aprovadas e o projeto enviado à sanção. § 4º - Aplicam-se ao projeto de lei orçamentária, no que não contrarie o disposto nesta Seção, as demais regras constitucionais da elaboração legislativa.

[102] Constituição de 1967. "Artigo 66 - o montante da despesa autorizada em cada exercício financeiro não poderá ser superior ao total das receitas estimadas para o mesmo período. § 1º - O disposto neste artigo não se aplica: a) nos limites e pelo prazo fixados em resolução do Senado Federal, por proposta do Presidente da República, em execução de política corretiva de recessão econômica; b) às despesas que, nos termos desta Constituição, podem correr à conta de créditos extraordinários.".

detalhamento, pelo ordenamento interno do órgão atribui à Secretaria do Orçamento Federal a atribuição de órgão central do sistema orçamentário[103].

É relevante para a compreensão da evolução histórica do sistema orçamentário, considerar que o regime militar aprofundou a sistemática de planejamento, iniciado sob o regime constitucional de 1946, desenvolvendo uma planificação plurianual[104] e uma vinculação entre normas para além do orçamento anual, que justifica o desenvolvimento atual do sistema do orçamento.

Com a edição, em março de 1964, da Lei n. 4.320/64, foi efetivada a adoção legal do orçamento-programa no Brasil. A constatação desta opção é verificado pela singela leitura do artigo 2º[105] daquela norma que explicita a opção. É fato que desde 1965, o Orçamento da União já se apresentava classificado por Funções e Subfunções, porém a edição do Decreto-Lei nº 200/67 explicitou os princípios referindo-se, expressamente, ao Orçamento-Programa (BELCHIOR). É de destacar a norma do seu artigo 7º:

> Decreto-Lei nº 200/67. Artigo 7º: A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteando-se segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de govêrno;b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual;c) orçamento-programa anual;d) programação financeira de desembôlso.

---

[103] Estas funções passaram a ser desenvolvidas pelo Ministério da Economia em 1990, volvendo ao sistema anterior com a edição da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, que restabeleceu o "status" de Ministério, denominando-a de Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República. A reforma administrativa realizada pelo governo Fernando Henrique Cardoso em 1995, novamente alterou a nomenclatura, transformando a SEPLAN em Ministério do Planejamento e Orçamento - MPO. A Medida Provisória nº 1.911-8, procedeu nova alteração, desta feita para Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG que é sua denominação atual, tendo sido antes Ministério do Orçamento e Gestão. Ver MP nº 1795.

[104] Denominado orçamento plurianual de investimento (art. 63, § único e art. 65, § 4º), ao qual ficavam submetidas as despesas de capital e os projetos e programas que se prolongassem para mais de um exercício financeiro.

[105] Lei nº 4.320/64. "Artigo 2º: A Lei do Orçamento conterá a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Govêrno, obedecidos os princípios de unidade, universalidade e anualidade."

Foram previstas as seguintes normas: Plano Nacional de Desenvolvimento (PND); Programa Geral de Aplicação (PGA); Orçamento Plurianual de Investimento (OPI) e Orçamento Anual da União. Os Planos Nacionais de Desenvolvimento, criados pelo Ato Complementar nº 43[106], de 29 de janeiro de 1969, adquiriram a forma de norma jurídica, com tramitação obrigatória pelo Congresso Nacional e visavam à fixação de diretrizes gerais de desenvolvimento definindo objetivos e políticas globais, setoriais e regionais, bem como prevendo a possibilidade da elaboração de planos regionais específicos, em função do desenvolvimento regional, especialmente para o Nordeste e a Amazônia. O Programa Geral de Aplicação (PGA) foi instituído pelo artigo 4º do Decreto nº 70.852[107], de 20 de julho de 1972, como um elemento complementar ao PND. Sua elaboração compete ao Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, consolidando os orçamentos-programa da União, das entidades de administração indireta e de todos os demais órgãos e entidades sujeitas à supervisão ministerial, constituindo um manual básico de dados quantitativos para o planejamento, global, regional e setorial. O OPI era trienal e foi previsto pelo Ato Complementar nº 43, de 29 de janeiro de 1969[108]. Era constituído pela programação de dispêndios de responsabilidade do Governo Federal, excluídas, apenas, as entidades da Administração Indireta e as Fundações que não

---

[106] Ato Complementar nº 43, de 29 de janeiro de 1969. Art. 1º O Poder Executivo elaborará Planos Nacionais de Desenvolvimento, de duração quadrienal, que serão submetidos à deliberação do Congresso Nacional até 15 de setembro do primeiro ano de mandato do Presidente da República. § 1º Os Planos Nacionais serão apresentados sob a forma de diretrizes gerais de desenvolvimento definindo objetivos e políticas globais, setoriais e regionais.

[107] Decreto nº 70.852, de 20 de julho de 1972. Art. 1º Em consonância com o artigo 15 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, será aplicado aos Planos Nacionais de Desenvolvimento, instituídos pelos Atos Complementares, número 43, de 29 de janeiro de 1969 e nº 76, de 21 de outubro de 1969, o Programa de Acompanhamento estabelecido pelo Decreto nº 68.993, de 28 de julho de 1971..Art. 4º Como instrumento complementar do Programa de Acompanhamento, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral elaborará, anualmente, um Programa Geral de Aplicações, através de consolidação dos orçamento - programa da União, das entidades da administração indireta e de todos os demais órgãos e entidades sujeitos à supervisão ministerial.

[108] Ato Complementar nº 43, de 29 de janeiro de 1969 Art. 5º Respeitadas as diretrizes e objetivos do Plano Nacional de Desenvolvimento, o Orçamento Plurianual de Investimentos, que abrangerá período de três anos, considerará exclusivamente as despesas de capital. § 1º O Orçamento Plurianual de Investimentos racionará as despesas de capital e indicará os recursos (orçamentários e extra orçamentários) anualmente destinados à sua execução, inclusive os financiamentos contratados ou previstos, de origem interna ou externa. § 2º O Orçamento Plurianual de Investimentos compreenderá as despesas de capital de todos os Podêres, Órgãos e Fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. § 3º A inclusão, no Orçamento Plurianual de Investimentos, das despesas de capital de entidades da Administração Indireta, será feita sob a forma de dotações globais.

recebessem transferências do Orçamento da União. É interessante observar que o Orçamento Plurianual de Investimentos foi criado por legislação complementar[109] como instrumento de materialização dos planos nacionais, prevendo uma vinculação importante entre o orçamento anual e a planificação prevista. É de destacar ainda que este instrumento possuía um nível de efetividade e controle até então não encontrado em peça orçamentária[110].

Este sistema guarda harmonia com a concepção do orçamento como instrumento de ação governamental, com a finalidade de propiciar a operacionalização do conjunto de atividades que vão atuar no desenvolvimento econômico-social de uma específica coletividade. Sua função é permitir a execução do estabelecido pela planificação da atividade estatal, com bem destaca Silva (1973):

> da coletividade, era imprescindível que os orçamentos públicos se adequassem a esse novo tipo de administração, para tornar-se num instrumento de ação governamental, voltada para a realização de obras e serviços, em função do desenvolvimento sócio-econômico da comunidade. Daí surgir a técnica do orçamento por programa ou orçamento-programa, que é um tipo de orçamento vinculado ao planejamento das a“As exigências do planejamento das atividades do poder público determinaram a necessidade de adoção de novas

[109]Lei Complementar nº 3, de 7 de dezembro de 1967. Dispõe sobre os Orçamentos Plurianuais de Investimento, e dá outras providências. Art. 1º - Na forma do disposto no art. 46, inciso III, da Constituição, serão elaborados planos nacionais, observadas as regras estabelecidas nesta Lei. Art. 2º - Entende-se por Plano Nacional o conjunto de decisões harmônicas destinadas a alcançar, no período fixado, determinado estágio de desenvolvimento econômico e social... Art. 4º - Em decorrência do Plano Nacional, os projetos a serem executados, sob a responsabilidade do Poder Público, serão ordenados em programas setoriais e regionais. Art. 5º - O Orçamento Plurianual de Investimento é a expressão financeira dos programas setoriais regionais, consideradas, exclusivamente, as despesas de capital. Art. 6º - O Orçamento Plurianual de Investimento, que abrangerá período de três anos, será elaborado sob a forma de orçamento-programa e conterá: I - os programas setoriais, seus subprogramas e projetos e o respectivo custo, especificados os recursos anualmente destinados à sua execução; II - os programas setoriais determinarão os objetivos a serem atingidos em sua execução. Art. 7º - O Orçamento Plurianual de Investimento indicará os recursos orçamentários e extraorçamentários necessários à realização dos programas, subprogramas e projetos, inclusive os financiamentos contratados ou previstos, de origem interna ou externa.

[110] Estes dispositivos foram vetados pelo Presidente da República e mantidos por deliberação do Congresso Nacional, sendo promulgado pelo Presidente do Senado Federal de então. Dentre estes é de se destacar a possibilidade de criação do plano nacional pelo Congresso Nacional na omissão do Executivo no encaminhamento da matéria (Art. 3º: § 3º - O Poder Legislativo elaborará o Plano Nacional se o Poder Executivo não o encaminhar nas datas estabelecidas neste artigo.). A vinculação entre o orçamento plurianual de investimentos e a lei orçamentária anual (Art. 8º - O Orçamento Plurianual de Investimentos incluirá as despesas de capital de todos os Poderes, Órgãos e Fundos da Administração, Direta ou Indireta, sob qualquer de suas modalidades. Parágrafo único - Os projetos de lei orçamentária anual reproduzirão, quanto às despesas de capital, os correspondentes valores do Orçamento Plurianual de Investimentos anteriormente aprovado.); A possibilidade de amplo controle quanto à execução do plano nacional e do orçamento plurianual por meio de relatório trimestral ao Congresso Nacional (Art.16: Parágrafo único - Trimestralmente, o Poder Executivo remeterá ao Congresso Nacional elementos que permitam acompanhar e analisar a execução do Plano Nacional e do Orçamento Plurianual de Investimentos.)

> técnicas orçamentárias. Se a administração deve desenvolver-se segundo as regras do planejamento, tendo em vista a satisfação das necessidades da coletividade, era imprescindível que os orçamentos públicos se adequassem a esse novo tipo de administração, para tornar-se num instrumento de ação governamental, voltada para a realização de obras e serviços, em função do desenvolvimento sócio-econômico da comunidade. Daí surgir a técnica do orçamento por programa ou orçamento-programa, que é um tipo de orçamento vinculado ao planejamento das atividades governamentais.Na verdade, o orçamento-programa não é apenas uma peça financeira, é, antes de tudo, um instrumento de execução de planos e projetos de realização de obras e serviços, visando ao desenvolvimento da comunidade. É um documento em que se designam os recursos de trabalho e financeiros destinados à execução dos programas, subprogramas e projetos de execução da ação governamental, classificados por categorias econômicas, por função e por unidades orçamentárias.

O controle externo, realizado pelo Congresso Nacional, ia além do mero registro da legalidade no processo de tomada de contas do Poder Executivo. Previa a avaliação na execução do plano e estabelecia mecanismo de controle de mérito da implementação do recurso orçamentário. Claro ser profundamente duvidosa a efetiva atuação do Congresso Nacional naquele momento especial de nossa vida política[111], porém parece um interessante indicativo da possibilidade do estabelecimento desta modalidade de atuação parlamentar.

O PND, o OPI e o Orçamento anual eram normas jurídicas. Tramitavam obrigatoriamente pelo Congresso Nacional, como elementos integrados de um sistema de planejamento de ação governamental, concebido de modo ordenado e racional para aplicação paulatina. A finalidade consistia na consecução de objetivos igualmente previstos em determinado período de tempo e com clara indicação do montante financeiro envolvido no planejamento de sorte a propiciar a efetividade da execução do plano, com controle estabelecido de modo interno, no âmbito da execução orçamentária pelo Executivo, ou externo, pelo Congresso Nacional em evidente controle de mérito da aplicação do plano e não apenas da legalidade.

---

[111] O governo do Gal. Costa e Silva foi um dos mais arbitrários do período do regime militar.

O término do Regime Militar também significou o término do ciclo constitucional de 1967/69, tendo sido convocada uma Assembleia Constituinte para redigir uma Constituição que refletisse a nova realidade e as aspirações da sociedade civil após o encerramento do regime autoritário. Os trabalhos da Assembleia Constituinte propriamente dita foi precedida de elaboração de estudo por uma comissão montada pelo Presidente da República, presidida por Afonso Arinos de Melo Franco[112], portanto denominada de "Comissão Afonso Arinos", que produziu um documento que, mesmo sem ter qualquer vínculo formal com a Assembleia Constituinte, serviu de base informativa aos membros da Assembleia.

Neste texto é possível verificar as origens da norma que resultou do processo constituinte, sendo relevante observar o modo como o processo orçamentário foi tratado neste anteprojeto.

Inicialmente é de destacar-se que o projeto concebia uma república parlamentarista, pelo que a iniciativa do orçamento anual caberia ao Presidente do Conselho de Ministros, submetida ao Presidente da República para aprovação. Apenas após a aprovação da proposta orçamentária por esta autoridade é que haveria a submissão do projeto ao Congresso Nacional. O sistema proposto mantinha a existência de um plano plurianual, vinculado à especificidade do orçamento-programa, com a previsão de elaboração dos programas setoriais, seus sub-programas e projetos, com a estimativa dos custos, e discriminação das provisões anuais para a sua execução e determinando os objetivos a serem atingidos, com ênfase especial a necessidade de serem consignadas dotações para a execução dos planos de valorização das regiões menos desenvolvidas do País. A vinculação da lei orçamentária ao plano determinava a necessidade da inclusão no plano plurianual de qualquer investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, o que poderia apenas ser excepcionado pela aprovação prévia de lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução.

---

[112] O anteprojeto Constitucional foi elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 18 de julho de 1985.

A aprovação do projeto de plano e de lei orçamentária seria realizada pelo Congresso Nacional, por votação conjunta das duas Casas, até quatro meses antes do início do exercício financeiro seguinte. O projeto de constituição previa a promulgação automática da proposta apresentada pelo Presidente do Conselho de Ministros se, até trinta dias antes do encerramento do exercício financeiro, o Poder Legislativo não o tiver devolvido para sanção.

Pertinente à execução e fiscalização do orçamento vale destacar a existência de norma que orientava o emprego do saldo orçamentário[113] e a necessidade permanente e periódica de o Executivo prestar informações semestrais ao Poder Legislativo a respeito da execução do orçamento anual e plurianual, a fim de habilitá-lo a avaliar o desempenho da administração e propor as correções necessárias. O projeto também previa a existência de organismo de controle interno com a finalidade de assegurar maior eficácia do controle externo e a regularidade da realização da receita e da das despesas, cabendo-lhe a proteger os respectivos ativos patrimoniais e o acompanhamento da execução de programas de trabalho e dos orçamentos, alem de realizar avaliação dos resultados alcançados pelos administradores, inclusive quanto à execução dos contratos.

É de notar a preocupação do projeto em criar uma proposta de orçamento com ênfase no projeto de desenvolvimento nacional, em sentido harmônico com as normas anteriores que presidiam a elaboração da proposta orçamentária. Apenas se pode destacar a necessária adaptação para o proposto sistema parlamentarista pela elaboração da proposta pelo presidente do conselho de ministros e a curiosa solução que concebia a aprovação da proposta em caso de inércia do Parlamento, em perfeita harmonia com a disposição constante do artigo 68 da Carta de 1967/1969.

A proposta da Comissão Afonso Arinos serviu de sugestão aos trabalhos da Assembleia Constituinte. Estes trabalhos se iniciaram tendo sido eleito como

---

[113] Projeto Afonso Arinos: Art. 194 – A lei do orçamento não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa. Não se incluem na proibição: II – as disposições sobre a aplicação do saldo que houver.

presidente da Subcomissão de Orçamento e Fiscalização Financeira, da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças o Deputado João Alves de Almeida, figurando como relator designado o Deputado José Luiz Maia. As discussões se iniciaram com a realização de audiências públicas, nas quais foram estabelecidos alguns pontos, posteriormente tidos como consensuais.

O primeiro deles foi a constatação de que o plano plurianual não se prestava ao papel constitucional que deveria cumprir, havendo uma concordância quanto à necessidade de que o poder político se pronunciasse sobre planos e programas de governo e que o Orçamento da União deveria exatamente refletir planos e programas de governo, pelo que emergiu a proposta de que fossem submetidos ao Congresso Nacional a eleição e a adoção de planos e programas de projetos de governo. Uma das pessoas ouvida foi o ex-ministro da Fazenda e do Planejamento Mário Henrique Simonsen que destacou a existência de quase um consenso nacional no sentido de que o Orçamento é o veículo pelo qual o plano do Governo se transforma de livro em ação concreta. A objetividade prática do plano se realiza através do orçamento, seja o anual ou os orçamentos plurianuais de investimentos. É neste momento que o planejamento sai do livro para se transformar em realidade. Os planos orçamentários devem ser objeto de um processo legislativo, em que a sociedade possa, por meio de seus representantes, efetuar a deliberação política sobre os rumos do Estado. (Senado Federal)

Após as audiências o relator da subcomissão apresentou uma proposta, de onde podem ser resumidos os seguintes pontos:

> “Em quase cem anos de República, o Orçamento público no Brasil tem-se apresentado como uma peça hermética, de trânsito muito restrito. A participação legislativa jamais acompanhou o processo de orçamentação, operando-se, até quando foi possível, na apreciação e na apresentação de emendas inteiramente divorciadas de qualquer plano. O que se pretende, agora, é acoplar o orçamento ao planejamento de longo, médio e curte prazos, permitindo, em princípio, que a distribuição dos recursos obedeça a parâmetros realistas e inteiramente compatibilizados com as necessidades nacionais, a partir das prioridades regionais aferidas em todos os níveis de governo. A partir do pressuposto de que nenhum dispêndio poderá ser efetuado sem o respectivo plano, quer na administração direta quer na indireta e organismos e entidades a estas vinculados,

> busca-se não apenas a racionalização das despesas, mas, acima de tudo, a disciplinação dos investimentos públicos, em sintonia com os verdadeiros anseios da população brasileira.” (Senado Federal)

O anteprojeto dos planos e orçamentos, da fiscalização financeira, orçamentária e patrimonial apresentado pelo relator propunha o estabelecimento de planos de longo, médio e curto prazo, aos quais se subordinariam os planos e orçamentos do setor público, condicionados à aprovação pelo Congresso Nacional e levando em consideração as macrorregiões geográficas do País e a participação dos diversos segmentos políticos e sociais dos vários níveis de governo. A alocação de recursos deveria obedecer ao critério da proporcionalidade direta à população e inversa à renda, excluindo-se as despesas com: a) Segurança e Defesa Nacional; b) Manutenção dos órgãos federais sediados no Distrito Federal; c) Poder Legislativo e Judiciário; e d) Dívida Pública.

A preocupação com o planejamento não foi descurada pelo relator, cabendo aos orçamentos anuais do setor público explicitar os objetivos e metas a alcançar com os recursos alocados, cabendo-lhes proporcionar elementos para verificar a vinculação com os planos, a eficácia e a eficiência dos agentes. De sorte a subsidiar a atuação do Congresso Nacional na deliberação sobre a proposta do orçamento, o Poder Executivo encaminharia ao Congresso Nacional juntamente com a mensagem de abertura dos trabalhos legislativos, os indicadores econômicos e sociais, e outros parâmetros para a elaboração da proposta orçamentária, bem como o plano de distribuição de recursos e, até três meses antes do início do exercício financeiro, o projeto de lei orçamentária. A falta de apreciação do Congresso nacional implicaria, após o transcurso de prazo especificado, a promulgação da proposta apresentada pelo Executivo

A proposta foi votada e considerada aprovada, com as ressalvas de emendas que resultaram no relatório às emendas e redação final do anteprojeto. É de notar, neste relatório conclusivo da subcomissão, uma marcante preocupação com a necessidade de dotar o País de instrumento capaz de operar, eficientemente, um modelo de desenvolvimento genuinamente brasileiro, como decorrência natural de uma estrutura orçamentária rigorosamente filiada ao planejamento de curto, médio e

longo prazo, dentro dos quais sejam balizadas as prioridades nacionais e regionais e definida a periodicidade para execução dos planos. Os planos e orçamentos deveriam ser regionalizados com a manifesta intenção de proceder à política de desenvolvimento com a finalidade de reduzir a desigualdade regional, sendo tal uma das unanimidades na Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. (Senado Federal). Observa-se em todos os debates ocorridos a formação de um consenso a respeito da necessidade de submeter ao exame e deliberação do Congresso Nacional um orçamento do setor público que inclua todo o universo das ações a serem desenvolvidas no âmbito dos poderes e suas entidades, de sorte a dotar o Legislativo de todos os mecanismos que lhe permitam não só deliberar, previamente, sobre os planos nacionais e regionais de desenvolvimento, como acompanhar sua ornamentação e promover as alterações que julgar necessárias na fase do exame das propostas de lei enviadas ao Congresso pelo Executivo.

A matéria foi remetida à Comissão de Sistematização tendo recebido emenda substitutiva do Constituinte Bernardo Cabral, com nova proposta para o tema. Vale reproduzir trecho do debate que explica a concepção do substitutivo:

> O SR. CONSTITUINTE JOSÉ SERRA: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, é importante explicar que o projeto orçamentário em discussão, contido no Substitutivo II, contempla, na verdade, três orçamentos que deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional. Isso é inédito na história da participação do Legislativo. Primeiro, contempla o orçamento fiscal; depois, o da seguridade, o que inclui a Previdência Social, e o orçamento de investimentos das empresas estatais. Nenhuma obra vai poder ser feita pelas empresas estatais sem que passe pelo Congresso Nacional. Isto é muito importante em termos da abrangência do orçamento. Segundo, criamos a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que começa a ser discutida em abril, devendo se estender até junho. O Congresso deverá discutir as grandes alocações, as grandes prioridades que serão dadas nesses três orçamentos que deverão ser aprovados no segundo semestre. Portanto, grande parte da preocupação que aqui foi expressa está contemplada em nosso programa. A Lei de Diretrizes Orçamentárias contempla isso, que é absolutamente essencial e constitui uma inovação. [...] Este capítulo do Orçamento constitui uma verdadeira redenção do Poder Legislativo quanto à sua participação no processo decisório do País, no gasto público e no desenvolvimento econômico e social da Nação. Isto é muito importante deixar claro.

O texto resultante da Comissão de Sistematização modificou o que fora apresentado na comissão do orçamento, tendo sido retirada, exemplificativamente, a determinação de alocação de recursos obedecendo ao critério da proporcionalidade direta à população e inversa à renda. Contudo, as linhas gerais da vinculação do sistema orçamentário ao estabelecimento de programa e a participação ampla do Legislativo na elaboração e, mais importante na fiscalização da aplicação dos recursos públicos, forma mantidas na proposta aprovada ao final. Veja-se a manifestação do relator desta matéria na Comissão de Sistematização:

> SR. PRESIDENTE (Fernando Henrique Cardoso): – Concedo a palavra ao Relator. O SR. RELATOR (Antônio Carlos Konder Reis): – Sr Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, disse muito bem o nobre Constituinte César Maia quando assinalou que neste momento a Comissão de Sistematização está discutindo matéria da mais alta importância. De fato, a grande função do Poder Legislativo, seja qual for o sistema de governo, é a elaboração do Orçamento. [...] O projeto diversificou e ampliou a competência do Poder Legislativo. Assim, o orçamento fiscal será dividido em três partes: orçamento ordinário, se assim se pode chamar; orçamento de seguridade e orçamento voltado para os investimentos. O sistema proposto pelo projeto cria uma figura legislativa, que será objeto de exame e da deliberação do Poder Legislativo, antes desses três orçamentos que compõem o Orçamento-Geral da República: a Lei de Diretrizes Orçamentárias, no tempo devido, para cumprir uma tarefa específica. A Lei de Diretrizes Orçamentárias será apresentada ao Congresso, discutida e, sobre ela, o Congresso deliberará no momento oportuno, nos primeiros meses da sessão legislativa. O Poder Executivo encaminhar-nos-á o Orçamento Geral para o exercício subsequente, que tem de obedecer àquelas diretrizes. É um sistema novo que inclui ainda o orçamento ou plano plurianual. A lei de diretrizes há de se comportar dentro das normas estabelecidas no plano plurianual, estabelecerá os parâmetros e os balizamentos e dará orientação para que o Congresso vote o Orçamento Geral da República. [...] Peço, porém, a atenção de V. Ex.ªs quanto à forma de elaboração do Orçamento e à nossa participação no Orçamento Geral da República. Está no § 7º do art. 186: "Lei complementar disporá sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a tramitação legislativa, a elaboração e a organização do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais, e estabelecerá normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para instituição e funcionamento de fundos.[114]

[114] Atualmente esta é a redação do artigo 165, § 9º da Constituição. Trecho retirado dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte. Senado Federal, 2008.

Consoante doutrina de Ricardo Lobo Torres, a proposta aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte, relativamente ao sistema orçamentário, tem por pressuposto a aprovação do sistema parlamentarista de governo, baseado no modelo alemão e francês (68), com a aprovação de dispositivos constitucionais de índole parlamentarista, exemplificando com a lei de diretrizes orçamentárias e a Comissão Mista do Congresso. Não se pode negar que havia uma forte discussão na Comissão de Sistematização da Assembleia Constituinte em relação ao sistema parlamentarista[115] e, por este motivo, foi incluída nas disposições transitórias de nossa Constituição a previsão de um plebiscito para que a população pudesse deliberar sobre a forma e o sistema de governo[116]. Todavia, parece um exagero considerar a incompatibilidade entre o sistema presidencialista e o modelo aprovado pela Assembleia Constituinte. Claro que a visão de executivo e de legislativo não se parece com o modelo imperial vigente no regime da Constituição de 1967/69, havendo um equilíbrio maior entre os poderes e atribuições do Congresso Nacional e do Presidente da República, sendo isto uma grande fonte de preocupação dos constituintes, seja na fase de subcomissão, seja na sistematização, seja no plenário.

O modelo de sistema orçamentário está baseado no equilíbrio e co-participação do Legislativo e do Executivo e na existência de um sistema de planejamento econômico que irá orientar a criação e a execução da norma do orçamento[117].

Aprovada a Constituição Federal de 1988, o sistema orçamentário federal passou a ser regulado por três leis: - a Lei do Plano Plurianual (PPA); - a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e a - a Lei Orçamentária Anual (LOA), que serão

---

[115] O relator na Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças – Constituinte José Serra era declaradamente parlamentarista. Ver entrevista transcrita em http://www.tvcultura.com.br/rodaviva/programa/PGM0060

[116] Constituição Federal. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.” O resultado do plebiscito realizado em 21 de abril de 1993 (EC nº 2/1992) foi no sentido de confirmar a forma republicana e o sistema presidencialista, como é sabido.

[117] Isto era uma tendência mesmo antes do início dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Veja os trabalhos produzidos pela Comissão Afonso Arinos, acima referidos.

analisadas, dada sua relevância, no desenvolvimento do estudo proposto, bem como representam uma mudança de paradigma em relação ao modelo tradicional de orçamento, introduzindo a concepção que passa a cumprir também a função de mecanismo de planejamento e não apenas de controle dos recursos públicos.

Todavia, não seria possível encerrar este tópico sem fazer referência a um estudo extremamente importante, desenvolvido após a conclusão dos trabalhos da Comissão Afonso Arinos e que serviu de base para a atuação na Assembleia Constituinte de diversos setores da sociedade. Refiro-me à proposta denominada “Muda Brasil”, realizado por Fábio Konder Comparato, com o auxílio de diversos estudiosos, que enfatizava a relação dialética entre o texto da Constituição e a sociedade, com a consideração que todo texto constitucional, para possuir efetividade sociológica e não apenas vigência jurídica, não pode ser estático e meramente declarativo; ele deve adaptar-se permanentemente às mutações sociais. (COMPARATO, 1986, p.13).

O anteprojeto apresentado possuía como ideia central o desenvolvimento como objetivo nacional e a noção de que este constitui um processo planejado de transformação global das estruturas socioeconômicas do país, vinculado ao processo de democratização da sociedade. O subdesenvolvimento seria um estado de desequilíbrio estrutural e dinâmico da sociedade, produzindo a desigualdade crescente entre classes, setores e regiões, com a finalidade do estabelecimento de uma igualdade de condições socioeconômicas básicas e, por conseguinte, extinguir o regime oligárquico em todos os níveis. Coerentemente, o projeto previa a organização de órgãos de planejamento como centros autônomos de poder, com independência funcional e mandato determinado, guardando autonomia relativamente ao Executivo ou Legislativo, com a incumbência de elaborar os planos de desenvolvimento e fiscalizar sua execução. À administração pública caberia a execução dos planos tais como os aprovados pelo Parlamento. Na matéria tipicamente orçamentária, o anteprojeto regulou, destacadamente, a elaboração e aprovação do orçamento-programa do plano nacional de desenvolvimento do orçamento fiscal e do orçamento dos órgãos da administração indireta, estabelecendo regras apropriadas para o controle de sua execução. A execução do

orçamento-programa seria realizada pela superintendência nacional do planejamento, com a atuação do Tribunal de Contas da União, quanto à regularidade das despesas e pela Comissão Mista do Congresso Nacional, relativamente ao orçamento monetário.

Desta feita e em conclusão é de destacar uma posição consensual em relação à necessidade de priorizar o sistema de planejamento apto a conduzir os rumos de atuação do Estado e reforço à atuação do Parlamento, enquanto órgão que aprova e efetivamente fiscaliza a aplicação do orçamento, como resgate da participação da sociedade civil na condução dos destinos do Estado. A preocupação pela aprovação de normas relativas a estes dois específicos pontos é nítida desde os trabalhos ocorridos no período pré-constituinte, passando pelas comissões até o plenário. Isto se evidencia na matéria de discussão orçamentária onde tais fundamentos emergem como razões de deliberação da Assembleia Constituinte.

3 O ORÇAMENTO COMO MECANISMO DE PLANEJAMENTO E DE CONTROLE DOS RECURSOS PÚBLICOS

3.1 FUNÇÕES DO ORÇAMENTO

Em uma classificação que se tornou clássica, a doutrina de Richard Musgrave divide as funções econômicas do Estado, e as próprias funções do orçamento, em três: função alocativa, função distributiva e função estabilizadora[118]. Cabendo-lhe: “a) Promover ajustamentos na alocação de recursos (função alocativa); b) Promover ajustamentos na distribuição de renda (função distributiva); c) Manter a estabilidade econômica (função estabilizadora).”

A função alocativa, ou seja, a atuação estatal na alocação de recursos é motivada quando não há oferta eficiente de infraestrutura econômica ou provisão de bens públicos e bens meritórios por parte do setor privado. Os investimentos na infraestrutura econômica, tais como, energia, transportes e comunicações, têm por repercussão imediata a indução ao desenvolvimento, com a característica de serem, no geral, de elevado custo, com um período de retorno longo demasiado para interessar o setor privado. Desta forma, justificam a inversão estatal na execução do objetivo estratégico a conseguir (desenvolvimento), ante a ausência de atuação privada no fornecimento do investimento, tendo em vista a existência e opções melhores no mercado. A definição de bens meritórios corresponde aos bens cuja natureza como bem privado tem uma importância menor do que sua utilidade social (exemplificativamente programas de merenda escolar). O fornecimento deste tipo de bem, na função alocativa, justifica-se pela existência de características peculiares que tornam inviável seu fornecimento pelo sistema de mercado. Veja-se o enunciado de Giacomoni (2005, p.39):

---

[118] Richard Musgrave, Teoria das Finanças Públicas, Atlas, 1974.

> O bem privado é oferecido por meio dos mecanismos próprios do sistema de mercado. Há uma troca entre vendedor e comprador e uma transferência da propriedade do bem. O não-pagamento por parte do comprador impede a operação e, logicamente, o benefício. A operação toda é, portanto, eficiente. No caso do bem público, o sistema de mercado não teria a mesma eficiência. Os benefícios geralmente não podem ser individualizados nem recusados pelos consumidores. Não há rivalidade no consumo de iluminação pública, por exemplo, e como tal não há como excluir o consumidor pelo não-pagamento. Aqui, o processo político substitui o sistema de mercado. Ao eleger seus representantes (legisladores e administradores), o eleitor-consumidor aprova determinada plataforma (programa de trabalho) para cujo financiamento irá contribuir mediante tributos. Em função de regra constitucional básica, o programa de bens públicos aprovado pela maioria será coberto também com as contribuições tributárias da minoria.

A função pública distributiva decorre da aplicação do "Ideal de Pareto" (GIACOMONI, 2005, p.40) pelo qual existe eficiência econômica quando a posição de alguém sofre uma melhoria sem que nenhum outro tenha sua situação deteriorada. Esta função visa a proceder a ajustes na distribuição de renda decorrentes da existência de falhas no sistema de mercado, que são da própria natureza do modo de produção capitalista. O orçamento público é caracterizado como o principal instrumento da função alocativa, viabilizando políticas públicas de distribuição de renda, assim como a implementação de imposto de renda progressivo com o objetivo de financiar políticas de redução de desigualdade. Programas como o seguro desemprego, alimentação do trabalhador, bolsa família são exemplos práticos deste tipo de atuação do Estado.

Ainda como objetivo da política fiscal, temos quatro objetivos macroeconômicos, que configuram o campo de atuação da função estabilizadora (GIACOMONI, 2005, p. 41): manutenção de elevado nível de emprego, estabilidade nos níveis de preços, equilíbrio no balanço de pagamentos e razoável taxa de crescimento econômico. Esta função ganha relevo a partir do surgimento de mecanismos explícitos[119] de intervenção do Estado no processo econômico no combate à depressão dos anos 30 e a partir daí esteve sempre em cena, lutando

[119] Evidentemente a intervenção do Estado no processo econômico não surgiu como decorrente da crise capitalista após a Crise de 1929, apenas foi explicitada. Para tanto ver Galgano (1980).

contra pressões inflacionárias, contra o desemprego e contra a fragilização inerente à economia capitalista, fenômenos recorrentes nas economias capitalistas do pós-guerra.

> Em qualquer economia, os níveis de emprego e de preços resultam dos níveis de demanda agregada, isto é, da disposição de gastar dos consumidores, das famílias, dos capitalistas, enfim, de qualquer tipo de comprador. Se a demanda for superior à capacidade nominal (potencial) da produção, os preços tenderão a subir; se for inferior, haverá desemprego. O mecanismo básico da política de estabilização e, portanto, a ação estatal sobre a demanda agregada, aumentando-a e reduzindo-a conforme as necessidades. (GIACOMONI, 2005, p. 41)

A atuação do orçamento como estabilizador se evidencia. As despesas, sob a forma de compras governamentais e gasto dos empregados do Estado, pressionam a demanda agregada[120]; a possibilidade de intervenção sob a via da receita se materializa na variação na razão existente entre a receita orçamentária e a renda nacional, aumentando ou reduzindo o valor retirado do setor privado para custeio e investimento do setor público.

Segundo a doutrina de Torres (2008, p.65, v.5)) são três as funções precípuas do orçamento: a política, a econômica e a reguladora. A função política trata do controle da Administração, jungida à execução das despesas no período e nos limites ditados pelo Poder Legislativo e, modernamente, na co-participação do Parlamento na elaboração das normas do sistema orçamentário (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamento anual). A questão política do orçamento diz respeito ao relacionamento dos Poderes do Estado e a própria aplicação do princípio da separação de poderes. A função econômica diz respeito à evolução das teorias econômicas decorrente da evolução histórica de cada sociedade. Partindo do modelo de orçamento clássico, fundado na idéia de equilíbrio entre as receitas e as despesas, o orçamento evoluiu para uma noção de possibilidade de orçamentos deficitários, sendo utilizado como meio de intervenção na conjuntura econômica, buscando induzir o crescimento econômico e a superação da crise. A crise da dívida

---

120 Ver nota 124

pública na década de 1970 trouxe para a centralidade da discussão a concepção do orçamento equilibrado, com a proposta de substituição do uso do gasto público como indutor do investimento pela renúncia de receita, pela diminuição dos impostos progressivos (TORRES, 2008, p.74) e a diminuição do papel do Estado na economia. A função reguladora diz respeito à possibilidade do uso do orçamento para regulamentar a economia global do país. Todavia, com a crise financeira do Estado do Bem-Estar, esta possibilidade decresce de importância, sobressaindo a possibilidade de regulação em outras áreas de interesse da sociedade (meio ambiente, consumidor e controle da concorrência, dentre outras). Ainda na doutrina de Ricardo Lobo Torres, a função reguladora sinaliza para a "gestão responsável do orçamento e para a consideração teórica e prática do mercado livre, entendido como organização social na qual se resolvem previamente as relações econômicas entre os cidadãos, suscetíveis de tributação e redistribuição" (TORRES, v.5, 2008, p. 77).

Inobstante a respeitável doutrina de Ricardo Lobo Torres acima citada, cremos que a função reguladora do orçamento não perde sentido pela superação do Estado de Bem-Estar. É de notar que a evolução histórica considerada pelo menos a partir das Revoluções Burguesas e da alteração do meio de produção decorrente da introdução de novas técnicas em decorrências das Revoluções Industriais não pode prescindir da atuação do Estado intervindo no processo produtivo e realizando a função de regulação da economia com a finalidade da manutenção da sanidade do sistema econômico e realização das tarefas vinculadas à afirmação do princípio da igualdade material.[121]

Ora, é certo que em seu nascimento, o orçamento servia às funções de propiciar segurança jurídica e o controle das ações do Poder Público, especialmente no que concerne à realização de receitas. Para tanto, era um balanço entre as receitas e as despesas com função de controle. Sua finalidade, coerente com a concepção de Constituição e de Estado de sua época, era possibilitar o controle da

[121] Cremos que os recentes acontecimentos, vinculado ao surgimento e persistência de mais uma grave crise econômica das sociedades capitalistas colocam em questionamento a afirmativa da superação da função regulatória do Estado na economia.

atividade estatal, no sentido de obstar o comportamento em desacordo com a autorização legal ou em desconformidade com a orientação parlamentar para agir. A visão limitava a defesa da sociedade contra a exorbitância do agir da Administração Pública em detrimento do direito das pessoas. Neste sentido, vincular a legalidade tributária à autorização legislativa em nada se mostrava incoerente com a impossibilidade de compelir a atuação da Administração em um determinado sentido, dada à observância do princípio da separação de poderes, albergado na execução dos princípios da conveniência e oportunidade administrativas, mesmo presente a provisão de capital para a efetivação.

Todavia, mercê das transformações ocorridas principalmente no final do século XIX e no primeiro quartel do século XX[122], temos o surgimento de um novo tipo de concepção sobre a forma de atuação do Estado perante a economia e a sociedade, com repercussões no modo de conceber o orçamento.

Não é ocioso relembrar os movimentos que levaram a uma crise no sistema capitalista mundial, culminando com a de 1929, lançando o mundo capitalista em uma situação em que os modelos tradicionais de atuação do Estado se mostraram insuficientes para a resolução dos problemas. A atuação do Estado na economia, ou melhor, a falta dela, aprofundou a crise, trazendo a necessidade da reformulação do papel do Estado perante a economia para abrir caminho à solução do impasse capitalista.

É conhecida a concepção do economista Keynes de atuação do Estado para equilibrar o mercado durante o período de crise capitalista, promovendo a recuperação econômica no período que se seguiu a Crise de 1929, com estabelecimento de assertivas fundamentais para o surgimento de um capitalismo de novo tipo que se instaurou a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Em resumo, a concepção keynesiana prega a existência de crise cíclica e permanente do capitalismo, crise esta que apenas pode ser superada com a atuação do Estado

---

[122] O detalhamento do sentido e alcance destas transformações pode ser buscado na minudente obra de Eric Hobsbawm, especialmente: A Era do Capital (1848-1875); Era dos Extremos – O breve século XX; Tempos Interessantes – Uma vida no século XX e Os trabalhadores – Estudos sobre a História do Operariado.

no processo regulatório, em flagrante contraste com a antiga crença liberal na capacidade de autorregulação e autoajuste do mercado[123].

Assim, a atuação do Estado na economia não é esporádica ou eventual, mas sim permanente, com a finalidade de manter a regularidade e a sanidade do sistema e do mercado, dentro dos marcos do modo capitalista de produção.

Como decorrência desta concepção, o Estado tem por função intervir na economia, de sorte a assegurar a manutenção do sistema, realizando investimentos e atuando no mercado – diretamente ou por indução, sendo essencial, para tanto, ter uma modalidade de orçamento diversa da anterior. Ora, a qualidade específica do gasto público é avaliada, pois se destina a produzir um efeito global na economia, consoante as perspectivas geradas a partir do processo de intervenção.

Para Keynes, o gasto em investimento gera um efeito multiplicador de renda na economia, pois implica a ampliação de gastos de consumo. Assim, os gastos totais, entendidos como a somatória de investimentos e consumo (incluindo gastos governamentais e exportações) constituem a chamada Demanda Agregada, é a propensão de consumo de determinada quantidade de bens ou serviços em determinado período de tempo e por determinado preço[124].

Desta forma, a política fiscal deve se voltar para a elevação de gastos públicos, sem que tal implique a elevação dos impostos, de sorte a manter o nível de recursos privados destinados a investimentos e consumo. Sua adoção poderá gerar déficit fiscal, na medida em que tal for absolutamente necessário para propiciar a retomada do processo de investimento.

A elevação do gasto público, então, não pode ser financiada pela absorção de recursos do setor privado. É importante que o Estado efetue a despesa, sem que o gasto do setor privado seja reduzido. A política de geração de déficit fiscal apenas pode ser contornada, na expectativa da elevação do gasto público, pela

---

[123] Sobre tal assunto ver: Singer(1978) ; Barrère (1961) e especialmente Keynes (1988).

[124] Para este conceito, dentre outras obras, ver: Davidson (1999) ; Singer (1978) e Belluzzo (2009).

possibilidade de elevação de impostos sobre rendimentos que não estavam gerando demanda.

Este é o caso de tributação progressiva, incidindo sobre os rendimentos da população de maior nível de renda que não são destinados nem ao consumo e nem a investimento. Sua elevação não prejudica o aumento da demanda agregada e pode ser realizado sem óbice a esta política. Também é possível, como instrumento desta política, proceder ao endividamento pela emissão de títulos públicos, que podem ser adquiridos pelos agentes financeiros, permitindo o incremento de gasto do Estado, sem a correspondente elevação de receita que venha a ser obtida pela redução do investimento privado[125].

A política monetária de atuação estatal objetiva a manutenção de baixa taxa de juros, disponibilizando recursos a baixo custo para os que pretendem investir, aproveitando o aumento da demanda efetiva proporcionada pela inversão estatal.

A manutenção de uma taxa de juros baixa é atingida pela elevação da quantidade de moeda disponível, seja pela sua mera emissão, seja pela compra de títulos da dívida pública disponíveis no mercado, ou mesmo pela diminuição do encaixe compulsório dos bancos no Banco Central. Os mecanismos citados servem ao mesmo objetivo: aumentar a disponibilidade de moeda na economia para investimento.

Desta forma, pela teoria de Keynes o Estado deverá produzir gasto de moeda, que de outra forma não existiria ou não seria gasta, sem originar produção destinada ao consumo, de sorte a proporcionar uma elevação da renda nacional de modo permanente, caso aplicada de modo persistente por determinado tempo (Dillard). Ou seja, a ideia de Keynes era fazer com que o Estado tivesse participação ativa no processo de alteração das expectativas de consumo e de investimento com

---

[125] Em um momento histórico específico onde for necessária a atuação do Estado para a retomada do crescimento econômico em situação de crise. A adoção do mecanismo de financiamento pela emissão de título remete a dívida para momento posterior da economia, quando o processo virtuoso de crescimento já tiver sido restabelecido, com a geração de superávit que lhe permita suportar a dívida anteriormente contraída.

a utilização de mecanismos implementados a partir da tributação e da elevação dos gastos governamentais.

Mercê desta realidade, essencial para a sobrevivência das sociedades capitalista no pós-guerra (SINGER), não é mais possível considerar o orçamento como mero balanço, como uma relação entre receita e despesa, para manter a segurança pública e cobrir as despesas operacionais do Estado. Passa a ser necessária uma visão de orçamento que viabilize a realização de uma política creditícia, fiscal e de gastos que possibilite o restabelecimento do equilíbrio econômico, para além do período anual. Não é demais lembrar que Keynes defendia a ideia da possibilidade da existência de orçamentos deficitários, com a finalidade explícita de que o Estado pudesse realizar investimentos públicos, provocando a retomada da expectativa positiva do financiamento no combate às crises cíclicas do capitalismo.

Originalmente concebido como previsão anual, a necessidade do estabelecimento de uma política de equilíbrio da economia durante o período de crise, levou ao estabelecimento de um modelo de orçamento cíclico, com fases alternadas de déficits e superávits, com mecanismos de compensação. Desta forma, temos a possibilidade do surgimento de proposta orçamentária propositalmente concebida como deficitária para induzir o aquecimento da economia, procedendo à recuperação do déficit em momento posterior, correspondente à recuperação econômica induzida pela atuação do Estado[126].

Logo, com a intervenção do Estado na ordem econômica, passa o orçamento a apresentar novas funções,

Tal procedimento rompe com a prática anterior e inova na concepção de norma orçamentária com uma finalidade diferente. Ela não mais serve apenas como um instrumento de controle da atuação do Estado, em defesa da parcimônia na arrecadação, mas passa a ser um instrumento de política econômica, evidenciada

[126] Neste sentido ver José Afonso da Silva na obra: O Orçamento-Programa no Brasil

pelo orçamento deficitário, passando a atuar como instrumento de programação econômica, de programação da ação governamental e instrumento de política fiscal, criando as condições necessárias ao desenvolvimento, observadas às esferas específicas de atuação: federal, estadual ou municipal. (SILVA, 1973)

A possibilidade do orçamento em déficit evidencia a subordinação da sua elaboração aos valores a atingir, o que é bem diverso do mero equilíbrio de contas públicas. O objetivo passa a ser a realização de uma política econômica de equilíbrio sistêmico, com a atuação permanente do Estado para sua obtenção.

Claro que, quando se fala em desequilíbrio nas contas públicas, há um sentimento de desconforto, porém é preciso verificar que este temporário desequilíbrio é condição necessária para o restabelecimento da economia como um todo, introduzindo um novo ciclo virtuoso de crescimento, no qual o déficit é compensado no movimento seguinte. De fato, superada a crise pela atuação do Estado, inaugura-se um ciclo de crescimento onde o déficit anterior é compensado com o superávit nas contas públicas.

Curioso que o modelo acima descrito corresponde à concepção do orçamento surgida a partir da doutrina de Keynes, cuja aplicabilidade foi violentamente contestada a partir da crise do Estado de Bem-Estar. As crises do petróleo na década de 70, antecedendo às crises fiscais nos países de capitalismo central, levaram ao questionamento do modelo de atuação do Estado e sua progressiva e persistente substituição por uma retomada à concepção liberalizante[127], diminuindo o papel reservado à atuação do Estado, com ênfase à função regulatória[128].

A recente crise que atingiu os países capitalistas centrais, com importante repercussão para a periferia, representou um severo questionamento do modelo que prescinde de atuação do Estado na atividade econômica. O marco inicial da crise

---

[127] A respeito da crise do Estado de Bem-Estar e o processo de “captura” do Estado Social pelo Capital ver: Os antecedentes da tormenta – as origens da crise global (BELLUZZO, 2009).

[128] Conforme Fernando Herren Aguillar (1999)

ocorreu com a quebra do banco dos EUA Lehmann Brothers[129], imediatamente relacionada com o contexto da Grande Depressão de 1929, que reduziu severamente a produção e elevou o desemprego de forma avassaladora, gerando a pior situação econômica e social dos países industrializados do ultimo século. Este cenário foi combatido com uma rápida intervenção estatal, mediante a coordenação internacional entre governos para evitar a bancarrota, retornando Keynes para a centralidade do debate econômico[130]. O esforço realizado pelos governos ao ativar as políticas fiscais via gastos e, ao mesmo tempo, gerando liquidez para atender às demandas por ativos financeiros e evitar o pânico, criou um clima de confiança entre os detentores de liquidez. Este procedimento retoma a parceria ostensiva entre o Estado e o mercado, como dois aliados inseparáveis e imprescindíveis em um regime de produção baseado no capital[131]. É o retorno da função reguladora do orçamento, relegada por Ricardo Lobo Torres à lata de lixo da história, ressurgindo sobre um dos maiores déficits orçamentários dos países centrais e um dos maiores processos de intervenção do Estado na economia.[132]

A atuação dos Estados e dos organismos internacionais para preservação do sistema e superação da crise produziu resultados sob o ponto de vista orçamentário. O déficit real e o projetado no orçamento do EUA nos anos de 2009 até 2020 assumem uma elevação da dívida pública a um patamar inusitado, com uma perspectiva fiscal sombria consolidando expectativas de que, em um prazo de dez anos, a dívida federal norte-americana poderá atingir o importe de US$ 8,582. bilhões[133] Observe-se o quadro abaixo:

---

[129] 15 de setembro de 2008

[130] Conforme o Comunicado da Presidência do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) nº 35, intitulado Crise internacional: balanço e possíveis desdobramentos 19 de novembro de 2009. Disponível em: www.ipea.gov.br.

[131] Ver Luis Gonzaga Belluzo (2009, p. 303)

[132] Ver nota 121.

[133]Para outros dados relativos ao orçamento dos EUA, ver Congressional Budget Office no site: http://www.cbo.gov/ftpdocs/108xx/doc10871/Summary.shtml#1045449

Ano fiscal	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Deficit em bilhões	1.413	1.556	1.267	828	727	706	752	778	778	785	908	1.008

Fonte: Budget for fiscal year 2011 – Office of Management and Budget of USA

Parece claro o uso do orçamento como meio para superação da crise econômica e com a preocupação com sua recomposição nos anos que se vão seguir. Todavia esta situação bem denota que a concepção de orçamento público como parte de um sistema de alcance plurianual, vital para sua correta implementação, na perspectiva de instrumento da correção do desequilibro sistêmico da economia capitalista, retorna à centralidade da discussão.

São significativas as inovações trazidas por esta concepção de orçamento. Restou demonstrado que a noção clássica de equilíbrio no orçamento não se justificava e que a noção limitativa da mera anualidade orçamentária não mais atendia às necessidades da economia. Todavia, mais do que isto, ressaltou a manifesta utilização do orçamento como instrumento de política econômica, voltando-o para a obtenção de uma finalidade eleita. O novo modelo representou um ponto de inflexão da concepção do orçamento, abrindo caminho para a superação do modelo tradicional de orçamento como lei em sentido apenas formal ou como ato administrativo de natureza especial, consagrada pela doutrina de Paul Laband[134].

A substituição da doutrina tradicional do orçamento se opera. É considerada superada a noção de que a função do orçamento seria apenas a de proporcionar o controle político das atividades governamentais e alcançar o equilíbrio financeiro por meio do manejo dos recursos públicos, tanto no ingresso, como nas despesas públicas. A noção moderna do orçamento volta sua função para a obtenção do equilíbrio da economia como um todo, pelo ajuste dos fluxos de receitas e despesas

[134] Sobre a doutrina citada ver o capítulo referente à origem do orçamento público.

públicas em função das flutuações da atividade privada, com vista à realização de esperado nível de emprego e de renda.

Não por acaso, muito pelo contrário, as Constituições que surgem a partir do início do século XX passam a prever a realização de objetivos.

O modelo anterior, inspirado no liberalismo econômico, tinha por característica o manifesto absenteísmo em relação à condução da sociedade para um objetivo eleito como desejável. Não fazia parte da constituição material regras estranhas à organização do Estado e à definição dos direitos individuais.

Este modelo de constitucionalismo que passa a existir é marcadamente diferente. Tem como proposição conduzir a sociedade para a realização de objetivos que o poder constituinte elegeu como metas; assume uma postura intervencionista com a edição de regras e princípios que conduzem a sociedade para determinada direção. A assertiva básica deste modelo é a realização de um princípio de igualdade real, com a atuação do Estado para sua efetivação.

A mudança do foco da igualdade formal, típica do modelo constitucional do Estado Liberal, para a igualdade real, preocupação do modelo constitucional do Estado Social, implica a atuação estatal com e sobre a sociedade para o estabelecimento de políticas que efetivem os valores postos na Constituição como metas a serem atingidas.

Observe-se que a efetivação dos direitos de igualdade, consubstanciados nos direitos sociais e coletivos, passa a ser objetivo da Constituição, com efeito vinculativo para toda a sociedade e para o Estado. O cumprimento desses valores passa a ser um imperativo na atuação estatal e o orçamento público é instrumento indispensável na realização destes valores e na consecução das metas constitucionais.

Os direitos ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia e à cultura, dentre outros, surgem para permitir a atuação do Poder Público para superar a diferenciação econômica e social entre as pessoas, tornando efetivo o direito de

igualdade. Partem do reconhecimento de que as pessoas não possuem igual acesso aos direitos fundamentais, pois há uma desigualdade de base material que vai além da mera distinção de aptidão das pessoas.

Assim, a norma constitucional reconhece os direitos sociais e determina a atuação do Poder Público no sentido de sua implementação, reduzindo as desigualdades sociais. Não é possível considerar que a exigência constitucional seja satisfeita com uma atuação meramente omissiva e sem dispêndios; ao contrário, o ditame constitucional obriga a realização de políticas expressivas na consecução dos objetivos traçados, realização esta que implica, necessariamente, a inversão de amplos recursos, quer diretamente pelo Poder Público, quer pela sociedade.

Os investimentos públicos são previstos no orçamento para sua efetivação, com a disposição dos meios necessários à sua execução. Desta forma, o Poder Público realiza as políticas públicas, necessárias à implementação dos direitos e princípios estabelecidos na Constituição, prevendo sua execução e as consolidando com a inserção no orçamento dos meios necessários para que sejam alcançados.

Assim sendo, a efetivação dessas políticas que implicam atuação positiva passa pela alocação dos recursos necessários, o que é feito pela lei orçamentária.

Considerando essa assertiva, como negar a possibilidade de submeter o ato de elaboração de implementação do orçamento ao controle político ou judicial, considerando a lei orçamentária como elemento essencial e etapa necessária na efetivação dos direitos fundamentais?

É claro que esta expectativa de controle se choca com a concepção doutrinária que considera o orçamento como ato do Executivo que, aprovado pelo Parlamento, significa uma autorização para a realização de receita e de despesa, cuja execução deverá permanecer sob o prudente arbítrio do Administrador Público, com uma implementação isenta do controle político e jurisdicional efetivo.

Ricardo Lobo Torres (2008) afirma ser o orçamento uma lei formal ou um ato-condição, de tal forma que, no tocante às receitas, só tem significância nos países que adotam o princípio da anualidade tributária e, no que concerne às despesas, seu significado surge como autorização de gasto para os agentes públicos (ordenador de despesas)[135].

Nesta concepção não é possível falar em vinculatividade, quer na elaboração ou na execução, o que é pressuposto para a existência de mecanismo de fiscalização de mérito. Considerar o orçamento uma autorização de despesa, mercê da decisão do executante quanto à implementação, retira a possibilidade de controle pela inexecução orçamentária e não permite ao administrado a insurgência contra essa omissão da Administração.

Em sentido diverso, temos a posição de Joaquim José Gomes Canotilho (1978), para o qual o orçamento público é simplesmente lei, destinada a prever os meios financeiros para a realização de determinados fins, aplicação esta que não pode se furtar à observância dos princípios constitucionais e à respectiva fiscalização pelos órgãos de controle, submetida ainda, ao controle jurisdicional de constitucionalidade.

Cremos que a posição de Canotilho(1978) é a que melhor se harmoniza com o conteúdo de nossa Constituição.

Nosso sistema constitucional trata do orçamento no Capítulo II, seção II e prevê a existência de um sistema de orçamento que envolve a existência de três normas distintas: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual (artigo 166 da CF). Estas normas constituem um sistema complexo, com uma interligação na concepção e no desenvolvimento o que permite afirmar a possibilidade de efetivação de tarefa de gerenciamento de longo prazo das atividades do Estado, para além do mero controle do dispêndio púbico.

---

[135] Neste sentido sua posição referencia a doutrina francesa de Gaston Jèze.

Desta forma, não é mais possível o apego a uma ultrapassada noção de orçamento que enfatiza a função controle em detrimento de qualquer outra. Em nosso ordenamento jurídico, o orçamento é muito mais do que uma previsão de receita e estimativa de despesa em um contexto de controle político, surgindo como um mecanismo de planejamento, aplicação e controle sobre o recurso público, procedendo a uma interação entre Executivo e Legislativo na efetivação das políticas públicas em observância ao comando da Constituição. Destaca-se a afirmativa de Eros Grau (2003) a respeito do estabelecimento de um "ordenamento jurídico do planejamento", constante de uma série de atos normativos que disciplinam a ação estatal, que deve sempre definir previamente as metas e os meios de sua intervenção[136].

É certo que o orçamento não é o equivalente numérico ao planejamento. O orçamento é um instrumento do planejamento, mas não é o planejamento em si. Consoante leciona Bercovici (2005) existe uma tendência de reduzir o plano ao orçamento. Neste sentido, considera que a experiência recente, materializada pelo plano "Brasil em Ação" do Governo Fernando Henrique Cardoso se assemelha às primeiras experiência de planificação dos gastos estatais no Brasil desenvolvidas pelo DASP durante o Estado-Novo (Plano Especial de Obras Públicas e Aparelhamento da Defesa Nacional – 1939 e Plano de Obras e Equipamentos – 1943) e durante o Governo Dutra (Plano SALTE). A redução do planejamento ao orçamento implica a impossibilidade da fixação de diretrizes para a atuação do Estado, que servirá inclusive de orientação para a atividade privada[137], significando

---

[136] Contudo, o autor considera que o planejamento não permite ao setor privado demandar o Poder Público em face do comportamento omissivo ao não implementar determinada ação prevista no plano. A possibilidade de obrigar o Poder Público estaria restrita ao comportamento comissivo ao realizar despesa fora das previsões contidas no orçamento plurianual de investimentos (GRAU, 1978, p. 239). É claro que esta obra é anterior à vigência da atual Constituição que considera o planejamento como obrigatório ao Poder Público (Constituição Federal artigo 174), não se sabendo se o autor mantém o posicionamento em face da nova realidade constitucional. Em sentido contrário, considerando a possibilidade da exigibilidade da demanda em face ao Poder Público no sentido comissivo e omissivo ver Fernando Scaff (1990).

[137] Constituição Federal. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

apenas uma forma de incrementar o controle racional dos gastos públicos, olvidando a verdadeira tarefa que é a transformação das estruturas socioeconômicas.[138]

Na verdade, o orçamento, ao explicitar os recursos financeiros a serem aplicados num exercício, constitui um excepcional instrumento de planejamento, porém é apenas seu instrumento. Torna-se necessário que sua formulação, apresentação e execução sejam realizadas de modo tal que permitam o dimensionamento, a identificação e o seguimento de objetivos coerentes e coordenados, compatíveis com a política de governo, neste sentido, tornado-se o elemento de ligação entre o planejamento de médio ou longo prazo e as ações cotidianas. (TOMBINI, 1976, p.15).

3.2 MODELO DE ORÇAMENTO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 - FORMAÇÃO DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO

A Constituição de 1988 introduziu uma série de mudanças significativas no campo do orçamento público. A principal destas mudanças é a criação de um sistema articulado de normas dotadas de imperatividade, de sorte a permitir um planejamento e ação orientada em função dos objetivos descritos na Constituição Federal.

Além desta principal modificação é possível observar várias diferenças entre o modelo anterior e o atual, de sorte a conformar o novo sistema. São estas as principais diferenças: obrigatoriedade do planejamento de médio prazo, afirmando a imperatividade da norma que aprova o Plano Plurianual -- PPA; o envolvimento do Legislativo na fixação de metas e prioridades para a administração pública e na formulação das políticas públicas de arrecadação e de alocação de recursos,

[138] A critica da redução do planejamento ao orçamento também é realidade em função do viés de considerar o plano plurianual mera previsão de gasto, que poderá ocorrer ou não, sem qualquer órgão de controle de sua execução ou garantia de efetividade, no dizer de Bercovici (2005, p. 81). Crítica esta com a qual não concordamos, pois é possível verificar uma vinculação entre o planoplurianual e a lei do orçamento anual de modo a estabelecer padrão de impositividade.

observando as disposições constitucionais que informam a criação da Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO); e o desdobramento da Lei Orçamentária Anual (LOA) em três orçamentos distintos: Orçamento Fiscal, Orçamento de Investimentos das Empresas Estatais e Orçamento da Seguridade Social, dentro da mesma lei orçamentária.

Desta feita, é importante considerar que as mudanças introduzidas pela Constituição, no campo da sistemática orçamentária, redundam em expressivas alterações ao modo de elaboração do orçamento e legislação correlata, tendo em vista as disposições constitucionais pertinentes, especialmente as contidas no art. 166, § 3º, I e § 4º. Assim sendo o sistema orçamental passa a se desdobrar em oito fases, quais sejam: a) formulação do Planejamento Plurianual, pelo Executivo; b) apreciação e adequação do Plano, pelo Legislativo; c) proposição de metas e prioridades para a administração e a política de alocação de recursos, pelo Executivo; d) apreciação e adequação da LDO, pelo Legislativo; e) elaboração da proposta de orçamentos, pelo Executivo; f) apreciação, adequação e autorização legislativa; g) execução dos orçamentos aprovados; h) avaliação da execução e apreciação das contas[139].

Cada uma das normas constantes do sistema do orçamento têm uma função a cumprir e possuem uma articulação em níveis sucessivos de vinculação. O plano plurianual constitui o instrumento de planejamento da atuação governamental de médio prazo, definindo prioridades, e atuando como ordenador da elaboração do orçamento[140]. A Lei de Diretrizes Orçamentárias possui um caráter articulador[141]

---

[139] Constituição Federal. Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: ...IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[140] Constituição Federal. Art. 167. São vedados: ... § 1º - Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a, sob pena de crime de responsabilidade.

[141] Constituição Federal. Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; § 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

entre o PPA, que possui a função de planejamento do período de quatro anos[142], e a LOA, com prazo de execução relativamente curto, correspondendo a um exercício financeiro, estabelecendo regras e condições para a elaboração da norma orçamentária anual, fixando as prioridades para o gasto público que, ao final serão especificados na Lei Orçamentária Anual – LOA[143].

3.2.1 Plano Plurianual

A previsão da existência do Plano Plurianual como um subsistema do orçamento na Constituição tem por objetivo a definição de uma política, com a previsão do estabelecimento de programas e metas governamentais de longo prazo. É a viabilização da proposta constitucional de um desenvolvimento ordenado e estruturado, com ênfase para a solução dos desníveis sociais e regionais, permitindo a concretização da previsão constitucional de ordenamento vinculante para o setor público e indicativo para o setor privado.[144] Neste sentido é a necessidade de sua harmonia com os planos e programas nacionais, regionais e setoriais e outros mencionados no texto constitucional[145].

---

[142] Constituição Federal. ADCT. Art. 35, § 2º, I - o projeto do plano plurianual, para vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa;

[143] Na lição de Canotilho trata-se de “leis reforçadas”, ou seja, leis ordinárias que impõem ou pressupõem a sua não derrogabilidade por leis ordinárias posteriores. Se as leis do plano têm por objetivo a racionalização global da política econômica, dado a coerência e certeza à utilização dos recursos econômicos, então elas postulariam exigências de continuidade e estabilidade superiores às leis ordinárias normais. Canotilho defende sua posição de “fonte atípica”, situada entre a norma constitucional e a lei ordinária (CANOTILHO, 1979, p. 19-20).

[144]Constituição Federal. Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

[145] Constituição Federal. Art. 165, § 4º; 174, § 1º; 180 e 214. Vale destacar, todavia, que o orçamento é essencial ao planejamento, mas não é “o” planejamento, pois este possui um alcance maior do que o estabelecimento de metas e projetos para a Administração Pública, envolvendo toda a sociedade.

A norma do plano plurianual deverá estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras, delas decorrentes, além das relativas aos programas de duração continuada. Neste sentido, restou superada a concepção de plano constante da Constituição de 1967/69, a qual previa apenas a existência de plano plurianual de investimento.[146]

A definição pertinente a despesas de capital consta da Lei nº 4320/64[147], especificamente no art. 12, §§ 4º, 5º e 6º, sendo consideradas como despesas relativas a programas de duração continuada aquelas com duração superior a um exercício financeiro. Se não estiverem previstos no PPA, o orçamento anual não poderá destinar recursos a eles, a menos que seja editada uma lei específica para permitir a sua inclusão[148].

A Constituição determina que as normas atinentes à criação do plano plurianual serão definidas em lei complementar[149]. Tal norma ainda não existe, muito embora tivesse ocorrido uma tentativa de regulamentação através da edição da LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que acabou sendo integralmente

---

[146] Constituição Federal de 1967/69. Art. 62. O orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. § 3º Nenhum investimento, cuja execução ultrapasse um exercício financeiro, poderá ser iniciado sem prévia inclusão no orçamento plurianual de investimento ou sem prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução.

[147] Lei nº 4320/64. Art. 12 A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas: § 4º. Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento de capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro. § 5º. Classificam-se como inversões financeiras as dotações destinadas a: I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; II - aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital; III - constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros; § 6º. São transferências de capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de Lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.

[148] Ver Lei de Responsabilidade Fiscal, especificamente o art. 5º, § 5. Ver Constituição Federal; art. 167, § 1º.

[149] Constituição Federal. Art. 165, § 9º.

vetada pelo Presidente da República.[150] Ante ao veto, a elaboração do plano continua sendo regulada pelo artigo 35, § 2º do ADCT da Constituição Federal que prevê o encaminhamento do projeto de plano até quatro meses antes do encerramento do primeiro exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa deste exercício, o que coincide com o encerramento da validade do plano anterior.

O Plano Plurianual deve ser aprovado pelo Poder Legislativo e deve se integrar, em cada ano, na estrutura do orçamento anual, de sorte que a composição do plano plurianual predetermina a lei orçamentária anual, observada sua condição de elemento do orçamento-programa. Neste sentido, não é possível concordar com a afirmativa de que o plano plurianual é lei apenas em sentido formal[151], sem a característica de exigibilidade, a não ser a partir da inclusão do programa na lei do orçamento.

A Constituição prevê a necessidade da integração e compatibilidade da lei orçamentária anual, constituída pelo orçamento fiscal e pelo orçamento de investimento, com o plano, para sua perfeita execução[152]. Este dispositivo possui dois diferentes regramentos: a) o primeiro implica a submissão do plano plurianual e da lei orçamentária à função de reduzir as desigualdades intrarregionais, o que seria desnecessário ante o comando existente no artigo 3º, III da CF que emana para todo o conjunto normativo: constitucional ou infraconstitucional; b) o segundo que afirma

---

[150] O dispositivo vetado (artigo 3º) trazia as seguintes modificações: 1) O prazo para o encaminhamento do projeto do plano plurianual seria até o dia 30/4 do primeiro ano do mandato, enquanto no art. 35, § 2º, ADCT, CF, o prazo é até 31/8; 2) O prazo para a devolução do projeto do plano plurianual para sanção era até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, ou seja, 30/6, enquanto no art. 35, § 2º, ADCT, CF, o prazo é até o encerramento da sessão legislativa, ou seja, até, 15/12. O veto foi justificado na contrariedade ao interesse público e motivado pela redução dos prazos em relação à disposição anterior Mensagem nº 627 da Presidência da República, DOU de 5/5/00, seção I, p. 46-49.

[151] Ricardo Lobo Torres (2008) considera que o plano é mera orientação que deve ser respeitada pelo Executivo, mas não vincula o Poder Legislativo na confecção da LOA.

[152] Constituição Federal. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: [...] § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; [...] § 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

a necessidade da compatibilização da lei do orçamento com o plano plurianual. Para além desta exigência, não é possível a inclusão de verba ou programa cuja execução ultrapasse o exercício financeiro sem sua prévia inclusão no plano plurianual. Mesmo as emendas[153] que possam ser apresentadas à Lei Orçamentária Anual (LOA) possuem como requisito para deliberação a compatibilidade como o citado plano.

A lei que aprova o plano plurianual possui estrutura capaz de criar direito e obrigações que devem ser observadas tanto aquando da elaboração do orçamento, quanto durante sua execução, pela possibilidade e condições de modificação da LOA após sua regular aprovação. O sistema que se inicia pela elaboração e aprovação do Plano Plurianual – PPA, possui uma integração interna, permitindo que a ação da Administração Pública seja organizada a partir de uma integração estruturada, considerando os programas orientados para a realização dos objetivos estratégicos definidos para o período do Plano Plurianual – PPA.

Nossa ordem jurídica estabelece, como vimos, uma correia de transmissão entre as opções materializadas pelo planejamento e o orçamento anual, de sorte a manter uma correspondência entre o que restar deliberado como linha de atuação do Estado a partir da formulação do Plano Plurianual até o detalhamento da execução na feitura do Orçamento Anual. Assim, temos que tanto as propostas do Poder Executivo, quanto as propostas advindas de iniciativa parlamentar, finalmente aprovadas pelo Poder Legislativo, não poderiam contrariar o disposto no Plano Plurianual, sob pena de declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Já citamos a afirmativa de Eros Grau a respeito do estabelecimento de um “ordenamento jurídico do planejamento”, que se materializa em um conjunto de atos normativos que regulam e vinculam a ação estatal, que deve sempre definir

---

[153] Constituição Federal. Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;

previamente as metas e os meios de sua intervenção. Este procedimento atrai a incidência do princípio da legalidade no comando da atuação do Estado na elaboração da peça orçamentária, devendo considerá-la como etapa de um conjunto de atos que guardam compatibilidade e harmonia interna no sentido de sua produção (GRAU, 1978).

Não é por acaso que temos parte do orçamento vinculada à deliberação adrede, limitando a atuação do elaborador da proposta de Orçamento Anual e do próprio órgão legislativo encarregado de sua formatação final e aprovação. Tal é sentido na disposição exemplificativa do artigo 195 da CF que fixa a inserção no orçamento das receitas decorrentes da arrecadação das contribuições sociais: a) do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: 1) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, 2) a receita ou o faturamento, 3) o lucro; b) do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; c) sobre a receita de concursos de prognósticos; d) do importador de bens ou serviços do exterior[154]. Estas receitas e dotações devem constar do orçamento da seguridade social de modo vinculado, não podendo serem excluídas do montante disponibilizado para o financiamento desta natureza de ação, devendo ser obrigatoriamente incluídas no orçamento para posterior disponibilização na execução orçamentária[155].

---

[154] No mesmo sentido é a disposição que destina recursos para o financiamento do sistema único de saúde (Artigo 198 da CF); para a realização de atividades da administração tributária (artigo 167, IV da CF) e ainda a destinação de recursos para a educação, conforme dispõe o artigo 212 da CF e destinação especial de recursos provenientes de contribuições sociais aos programas suplementares de alimentação, assistência à saúde e salário educação ao ensino público fundamental (Artigo 212, §§ 4º e 5º da CF)

[155] Contudo cremos ser possível a não-inclusão desta modalidade de receita vinculada na hipótese em que o Poder Público, fundamentadamente, abra mão desta modalidade de arrecadação, em função de outro objetivo relevante que busque atingir. Nesta situação não existe arrecadação, possibilitando a omissão da alocação destas verbas no orçamento. Todavia, isto apenas poderá acontecer de sorte a não prejudicar o funcionamento do serviço público para cuja existência a receita foi vinculada. Voltaremos ao assunto adiante.

Para além desta vinculação existente na própria Constituição Federal, a legislação que materializa a planificação da atuação do Estado estabelece vinculações outras que clarificam a relação de necessidade existente entre estes diplomas jurídicos, valendo citar, como exemplo, a determinação para a execução das ações vinculadas ao Programa de Aceleração do Crescimento, consubstanciada no artigo 11 da Lei nº 11.653/2008[156] (PPA 2008-2011)

A Secretaria do Orçamento[157] define programa como um instrumento de organização da ação governamental visando à concretização dos objetivos pretendidos. Desta forma, o programa exerce a função de módulo comum integrador entre o plano e o orçamento e permite proporcionar maior racionalidade e eficiência na administração pública e ampliar a visibilidade dos resultados e benefícios gerados para a sociedade, bem como elevar a transparência na aplicação dos recursos públicos.

O Plano Plurianual - PPA é o instrumento de planejamento de médio prazo[158] do Governo Federal que estabelece, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. Os princípios básicos que norteiam o PPA são:

a) Identificação clara dos objetivos e das prioridades do Governo;

b) Integração do planejamento e do orçamento;

---

[156] Lei nº 11.653/2008. Art. 11. As ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC constantes do Plano Plurianual 2008-2011 integram as prioridades da Administração Pública Federal, e terão tratamento diferenciado durante o período de execução do Plano, na forma do disposto nesta Lei.

[157] Ver a definição de programa no Manual Técnico do Orçamento (Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria do Orçamento Federal). Ver também a Portaria MOG nº 42/1999.

[158] Definido como tal pelo Manual Técnico do Orçamento (Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria do Orçamento Federal) Ao lado do PPA temos varias previsões constitucionais para a elaboração de planos nacionais, regionais e setoriais que devem ser elaborados em consonância com o PPA. Neste sentido ver as seguintes disposições da Constituição Federal: Art. 21, IX; Art. 43, § 1º, II; Art. 48, IV; Art. 49, IX; Art. 58, § 2º, VI; Art. 159, I, "c"; Art. 165, § 4º; Art. 166, II e Art. 174, § 1º.

c) Promoção da gestão empreendedora;

d) Garantia da transparência;

e) Estímulo às parcerias;

f) Gestão orientada para resultados; e

g) Organização das ações de Governo em programas.[159]

3.2.1.1 Processo de elaboração do PPA

O projeto de PPA[160] é elaborado pela Secretaria de Investimentos e Planejamento Estratégico (SPI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e encaminhado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República, autoridade que detém a iniciativa de sua proposição[161]. Recebido pelo Congresso Nacional, o projeto inicia a tramitação legislativa, com a observância das normas constantes da Resolução nº. 01, de 22 de dezembro de 2006 do Congresso Nacional. O projeto de lei é publicado e encaminhado à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO[162]. A CMO é composta por 40 membros titulares, sendo 30

---

[159] Conforme Manual Técnico do Orçamento.

[160] A composição da CMO e a normatização de atuação, consubstanciada na Resolução nº 01 de 2006 do Congresso Nacional aplica-se para a elaboração do PPA, da LDO e da LOA.

[161] Iniciativa privativa do Presidente da República, juntamente com a da Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. Constituição Federal. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais

[162] A Resolução nº 1 de 2006 do Congresso Nacional define a competência da CMO, assim dispondo: Art. 2º A CMO tem por competência emitir parecer e deliberar sobre: I - projetos de lei relativos ao plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos adicionais, assim como sobre as contas apresentadas nos termos do art. 56, caput e § 2º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000; II - planos e programas nacionais, regionais e setoriais, nos termos do art. 166, § 1º, II, da Constituição; III - documentos pertinentes ao acompanhamento e fiscalização da execução orçamentária e financeira e da gestão fiscal, nos termos dos arts. 70 a 72 e art. 166, § 1º, II, da Constituição, e da Lei Complementar nº 101, de 2000, especialmente sobre: a) os relatórios de gestão fiscal, previstos no art. 54 da Lei Complementar nº 101, de 2000; b) as informações encaminhadas pelo Tribunal de Contas da União relativas à fiscalização de obras e serviços em que foram identificados indícios de irregularidades graves e relacionados em anexo à lei orçamentária anual, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias; c) as demais informações encaminhadas pelo Tribunal de Contas da União ou por órgãos e entidades da administração federal, por intermédio do Congresso Nacional; d) os relatórios referentes aos atos de limitação de empenho e movimentação financeira, nos termos do art. 9º da Lei Complementar nº

deputados e 10 senadores (com igual número de suplentes), representados segundo a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, consoante disposição do artigo 58, § 1º da CF.

A CMO organiza-se em 4 comitês permanentes, constituídos por 5 a 10 membros cada[163]. Esses comitês parlamentares têm a finalidade de especializar e aprofundar temas de sua competência: fiscalização e controle da execução orçamentária, avaliação da receita, obras com indícios de irregularidades e admissibilidade das emendas. Especialmente quanto à tramitação do PPA, o projeto terá um relator que deverá apresentar um relatório preliminar, após o que será aberto prazo para apresentação de emendas ao projeto do plano ou a norma de sua revisão. A apresentação de emendas deve observar os seguintes limites[164]: a) até 5 (cinco) emendas, para as Comissões Permanentes do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados; b) até 5 (cinco) emendas, para as Bancadas Estaduais do Congresso Nacional; c) até 10 (dez) emendas por parlamentar. Após o prazo para apresentação de emendas, o relator deverá submeter o relatório preliminar a votação e consolidar o aprovado em um relatório, sujeito a apreciação pela CMO.

No que tange às alterações orçamentárias, o art. 15 da Lei nº 11.653 - PPA 2008-2011 - traz a exigência de que as proposições do Poder Executivo de inclusões, exclusões e alterações de programas do Plano sejam efetuadas por meio de projeto de lei de revisão anual ou específico, com algumas exceções: - As alterações do título, do produto e da unidade de medida das ações orçamentárias poderão ocorrer por meio da lei orçamentária ou de seus créditos adicionais, desde que mantenham a mesma codificação e não modifiquem a finalidade da ação ou a sua abrangência geográfica; - A inclusão de ações orçamentárias, de caráter plurianual poderá ocorrer por intermédio de lei de créditos especiais, desde que

---

101, de 2000, e demais relatórios de avaliação e de acompanhamento da execução orçamentária e financeira, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias; e e) as informações prestadas pelo Poder Executivo, ao Congresso Nacional, nos termos dos §§ 4º e 5º do art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 2000; IV - demais atribuições constitucionais e legais.

[163] Artigo 18 da Resolução nº 01/2006 do Congresso Nacional

[164] Ver artigos 97 e 98 da citada Resolução nº 01/2006 do CN.

apresente, em anexo específico, as informações referentes às projeções plurianuais e aos atributos constantes do Plano[165].

É de se observar que a Constituição não fixa o prazo de duração do plano, havendo disposição que o vincula a circunstâncias da atividade política[166]. Inexiste igualmente disposição na legislação ordinária aplicável, pelo que o período de duração do PPA é determinado pela duração do mandato do Presidente da República, pois a norma que fixa sua duração vincula-o ao fim do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente, conforme citado artigo 35, ADCT da CF. Desta forma, a duração do PPA é de quatro anos, mas não é coincidente com o mandato do Presidente da República, pois encerra ao final do primeiro ano do mandato presidencial subsequente, havendo o compartilhamento de período do PPA por duas gestões presidenciais, que reforça sua condição de norma supraordenadora da atuação governamental e o papel da maioria parlamentar em sua formação.

3.2.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias

O conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO está disciplinado no artigo 165, § 2º, da Constituição[167] e deverá:

a) Compreender as metas e prioridades da administração pública federal, em consonância com o PPA, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente;

---

[165] Neste sentido ver Manual Técnico do Orçamento - MTO - 2010. Brasília: 2009. p.169.

[166] Vigência até 31 de dezembro do ano posterior ao encerramento do mandato presidencial; encaminhamento até 31 de agosto deste ano e devolução para sanção até 22 de dezembro (artigo 57 da CF).

[167] Constituição Federal. Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: ... § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

b) Orientar a elaboração da LOA;

c) Dispor sobre as alterações na legislação tributária; e

d) Estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

As atribuições da lei, todas constantes da Constituição Federal têm sido compreendidas como exemplificativas, sendo de possível ampliação por disposição legal, no caso, na própria LDO. Tal destino foi reconhecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal que acabou por acrescentar àquelas matérias constitucionalmente expressas da LDO várias outras[168]. Neste sentido é a crítica da inércia parlamentar (Helena) que permitiu a transformação da LDO em:

> ... verdadeiro "vade mecum" do direito financeiro brasileiro, em especial na esfera federal.Muito se discute, em especial no âmbito do Poder Executivo,sobre a necessidade de "enxugar-se" a LDO de dispositivos que com ela não teriam correlação ou se repetiriam a cada nova edição, pseudovícios que poderiam ser corrigidos com a edição de leis, complementares ou ordinárias, que disciplinassem esses temas de forma permanente. Ainda que se respeite essa visão "consolidadora" do status quo financeiro, cremos que a grande contribuição das LDOs encontra-se em sua flexibilidade e adaptabilidade às novas exigências de normatização das relações financeiras do Estado, área extremamente fluida e de evolução a

[168] Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9o e no inciso II do § 1o do art. 31; e) normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos; f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas; § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes. § 2º O Anexo conterá, ainda: I - avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior; II - demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional; III - evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos; IV - avaliação da situação financeira e atuarial: a) dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador; b) dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial; V - demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado. § 3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem. § 4o A mensagem que encaminhar o projeto da União apresentará, em anexo específico, os objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, bem como os parâmetros e as projeções para seus principais agregados e variáveis, e ainda as metas de inflação, para o exercício subsequente.

> cada dia mais célere, em um mundo econômico em rápida transformação como o contemporâneo. As LDOs têm se mostrado como o instrumento primordial de intervenção do Poder Legislativo na gestão dos recursos públicos, forçando-o a analisar o processo orçamentário além da simples aposição de emendas orçamentárias de caráter pontual e, em regra, com função restrita. Do todo, buscam-se avaliações e alternativas em termos de propostas de aprimoramento da legislação processual e material referente ao tema objeto deste estudo: a cogência normativa do gasto público. Para tanto, as leis de diretrizes orçamentárias tem contribuído de forma significativa, aperfeiçoando os institutos e mecanismos de gestão dos recursos públicos. (HELENA, 2009)

Assim, o papel exercido atualmente pela LDO tem-se apartado de sua matriz constitucional de sorte a enveredar para destinos apartados de sua destinação original. Absolutamente questionável a possibilidade de ampliação do alcance da norma mediante regulamentação efetuada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, ou mesmo por disposição da própria LDO. Igualmente questionável a possibilidade do uso da LDO para regulamentar matéria originalmente disciplinada por legislação com "status" de lei complementar e, por conseguinte, a constitucionalidade da própria LDO. Todavia a administração pública tem aceitado placidamente o uso desta matriz legal para disciplinar amplamente as normas que vão presidir a elaboração da lei orçamentária vindoura.

Em termos constitucionais, a LDO, dentro do arcabouço orçamentário-constitucional de 1988, tem o papel de ligação entre o planejamento de longo e médio prazo[169] e a orçamentação anual da despesa e receita. O primeiro é instrumentalizado pela lei do PPA e o segundo pela LOA. A LDO propicia, ainda, por meio da discussão antecipada das grandes linhas que orientarão a LOA, a participação indireta do Poder Legislativo na elaboração da proposta orçamentária, identificando antecipadamente as políticas públicas e direcionando as ações que irão se materializar na proposta orçamentária.

A respeito do conteúdo da LDO, a doutrina de Ricardo Lobo Torres (2008) afirma que a introdução da previsão constitucional desta modalidade de legislação

---

[169] Constante dos planos nacionais e do plano plurianual

orçamentária foi buscada nas Constituições da República Federal da Alemanha e da França. Na Alemanha por conta do artigo 110, 2 da Lei Fundamental há previsão do estabelecimento do plano orçamentário pela lei do orçamento enquanto que na França existe a distinção entre a “loi de finance” e o orçamento – “budget”. A primeira determina a natureza, o montante e a aplicação das receitas e gastos do Estado, levando em contra o equilíbrio econômico e financeiro; enquanto que a segunda compreende o conjunto das contas que descrevem para cada ano civil todas as receitas e todos os gastos permanentes do Estado. Sua doutrina considera que tal norma possui natureza formal, constituindo simples orientação ou sinalização de caráter anual para a feitura do orçamento, sem a possibilidade de criar direito subjetivo para terceiros e não possuindo eficácia fora da relação entre os Poderes do Estado. Ademais, questiona sua utilidade, afirmando ter trazido mais desajustes que vantagens, mercê de sua importação de sistema parlamentarista para o presidencialismo brasileiro.

Todavia, onde o autor citado encontra a origem de defeitos é possível constatar virtudes. A permeabilidade à atuação do Parlamento é um mecanismo que amplia a gestão democrática da Administração Pública e possibilita uma transparência no sistema do orçamento que seria inatingível a prevalecer a concepção da fixação das diretrizes básicas para a proposta do orçamento por despacho presidencial. Com a existência da LDO é possível evoluir para um efetivo sistema de controle administrativo dos recursos público, estabelecendo uma vinculação objetiva entre o PPA e a LOA.

3.2.2.1 O processo de elaboração da LDO

A LDO deve ser encaminhada ao Congresso Nacional até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvida para sanção até o

encerramento do primeiro período da sessão legislativa[170]. Portanto o prazo de remessa ao Legislativo é fixo – 15 de abril -, mas o prazo de devolução depende do encerramento do primeiro período da sessão legislativa, que tem previsão constitucional de encerramento em data de 17 de julho. A não apreciação da LDO impede o encerramento da sessão legislativa, que prosseguirá até a votação do projeto de lei. Na hipótese não se trata de convocação extraordinária[171], mas prosseguimento da sessão legislativa até seu término determinado pela ocorrência de fato ou circunstância[172].

A LDO, tal como o PPA e a LOA, será inicialmente apreciada perante a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, utilizando a normatização da Resolução nº 1/2006 do Congresso Nacional, com a apresentação de parecer prévio pelo relator, apresentação de emendas pela Comissão, pelas Comissões Permanentes, pelas Bancadas e pelos parlamentares[173], consolidação e votação das emendas, apresentação do relatório final e votação do relatório.

De modo geral, os prazos para tramitação do projeto de LDO são curtos[174], com restrita possibilidade de seu manejo pelos parlamentares encarregados da

---

[170] Constituição Federal. ADCT. Art. 35, § 2º. II - o projeto de lei de diretrizes orçamentárias será encaminhado até oito meses e meio antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa;

[171] Constituição Federal. Art. 57, § 6º

[172] Constituição Federal. Art. 57, § 2º - A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias

[173] Resolução nº 01/2006 – CN. Art. 87. Ao Anexo de Metas e Prioridades do projeto poderão ser apresentadas emendas de Comissão e de Bancada Estadual, observado, no que couber, o disposto nos arts. 44 e 47 e os seguintes limites: I - até 5 (cinco) emendas, para as Comissões Permanentes do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; II - até 5 (cinco) emendas, para as Bancadas Estaduais do Congresso Nacional. Art. 88. Cada parlamentar poderá apresentar até 5 (cinco) emendas.

[174] Resolução nº 01/2006 – CN. Art. 92. Na tramitação do projeto serão observados os seguintes prazos: I - até 5 (cinco) dias para publicação e distribuição em avulsos, a partir do recebimento do projeto; II - até 7 (sete) dias para a realização de audiências públicas, a partir do término do prazo definido no inciso I; III - até 17 (dezessete) dias para apresentação, publicação e distribuição do Relatório Preliminar, a partir do término do prazo definido no inciso I; IV - até 3 (três) dias para a apresentação de emendas ao Relatório Preliminar, a partir do término do prazo definido no inciso III; V - até 6 (seis) dias para votação do Relatório Preliminar e suas emendas, a partir do término do prazo definido no inciso IV; VI - até 10 (dez) dias para a apresentação de emendas, a partir do término do prazo definido no inciso V; VII - até 5 (cinco) dias para a publicação e distribuição de avulsos das emendas, a partir do término do prazo definido no inciso VI; VIII - até 35 (trinta e cinco) dias para apresentação, publicação, distribuição e votação do relatório, a partir do término do prazo definido no inciso VI; IX - até 5 (cinco) dias para o encaminhamento do parecer da CMO Mesa do Congresso Nacional, a partir do término do prazo definido no inciso VIII.

apreciação do projeto de lei. A dificuldade da modificação do projeto, seja quanto à matéria[175], seja quanto ao prazo para sua apresentação, afeta a participação do Parlamento na feitura de texto normativo de importância para a gestão financeira da Administração Pública, prevalecendo, como regra geral, a mensagem encaminhada pelo Poder Executivo.

3.2.3 A Lei de Orçamento Anual

Nos termos do art. 166, § 1º, da Constituição Federal, cabe à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO) do Congresso Nacional examinar e emitir parecer sobre os projetos de lei relativos ao plano plurianual (PPA), às diretrizes orçamentárias (LDO), ao orçamento anual (LOA) e aos créditos adicionais.

3.2.3.1 O processo de elaboração da LOA

A CMO teve a sua estrutura, composição, direção e procedimentos de apreciação orçamentária regulamentados desde 1988 por diversas resoluções do Congresso Nacional, com força de lei, sendo que desde o início de 2007 vigora a Resolução n.º 1, de 2006-CN[176]. A Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização - CMO é composta por 40 membros titulares, sendo 30 deputados e

---

[175] As restrições atinentes às emendas para a LDO são as mesmas para a LOA, por isso serão tratadas na apreciação desta legislação

[176] Esta Resolução regula toda a tramitação do projeto de lei orçamentária e integra o Regimento Comum das Casas.Disponível em: ww.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/Legisla_CMO/resolucao01_2006cn.html

10 senadores (com igual número de suplentes), representados segundo a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares.[177]

Sua organização prevê a existência de quatro comitês permanentes, com composição interna de cinco a dez membros em cada. Estes comitês atuam tanto na apreciação do projeto de lei orçamentária, quanto atuam no acompanhamento da sua execução, observadas as tarefas específicas, discriminadas na Resolução do Congresso Nacional. Observe-se que, além destes comitês permanentes, a apreciação do projeto de lei do orçamento contará ainda com a participação de dez relatorias setoriais, cabendo a relatores setoriais apresentarem relatório sobre suas respectivas áreas, que devem ser votados pelo plenário da Comissão[178]. Caberá ao Presidente da Comissão a designação do relator-geral do projeto de LOA, bem como das demais relatorias. Todavia a designação não é livre, devendo observar a indicação realizada pelos lideres partidários e a ampla regulamentação de escolha que está prevista na Resolução[179].

Relevante destacar a existência da função de Relator da Receita no projeto de LOA, cuja designação será feita pelo presidente da CMO, mediante indicação dos lideres partidários, com a restrição de que este parlamentar não poderá pertencer a mesma Casa, partido ou bloco parlamentar do Relator-Geral do projeto de lei orçamentária anual. A tarefa deste relator de receita é proceder à estimativa de receita e ao impacto das emendas apresentadas, com auxílio da comissão permanente de avaliação de receita. A apreciação deste relatório antecede a apreciação do relatório preliminar e fixa o montante disponível à apresentação de emendas pelo parlamentares. A estimativa de receita poderá ser reavaliada nos dez

---

[177] Ver artigo 58, § primeiro da Constituição Federal.

[178] É de destacar que a matéria orçamentária possui uma disciplina legislativa diversa da ordinária e prevalente sobre esta. Assim, os prazos e a própria possibilidade de apresentação de emendas ao projeto de lei do orçamento deverá observar a disposição específica da Resolução nº 01/06 do Congresso Nacional e não o Regimento Comum das Casas.

[179] Ver artigos 16 e 17 da Resolução nº 01/06 – CN, com destaque para a limitação de escolha do relator do projeto de LOA, do PPA e da LDO em função do partido ou bloco parlamentar do presidente da CMO e a necessidade de alternância entre os membros da Câmara dos Deputados e o Senado Federal, dentre outras restrições.

dias posteriores à conclusão da votação dos relatórios setoriais, caso ocorra alteração nos parâmetros macroeconômicos ou na legislação tributária.

Apresentado o projeto e antes que se possam sugerir emendas ao PLO, o plenário da CMO deve votar uma proposta de parecer preliminar, que é apresentada por um relator-geral e sujeita à emenda pelos parlamentares. O parecer preliminar é um documento que limita ainda mais a atuação do Congresso Nacional na apreciação da proposta orçamentária, ao ampliar as restrições quanto ao cancelamento de dotações impostas pelo art. 166 da Constituição, pelas LDOs, e pela Resolução n.º 1/06-CN. Depois de votado o parecer preliminar, abre-se prazo para a oferta de emendas ao PLO, as quais devem ser apreciadas pelos relatores setoriais. Constitui requisito para a tramitação válida da emenda a adequação com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, de sorte que nenhuma emenda pode ser admitida à tramitação, se não guardar compatibilidade com estas normas jurídicas.

Vale destacar que nossa atual Constituição, ao contrário da Constituição de 1967/69, possui uma disciplina aberta à possibilidade da apresentação de emenda parlamentar aos textos encaminhados pelo Executivo para deliberação pelo Congresso Nacional. Aos parlamentares é lícita a iniciativa de proposições e formulação de emendas, mesmo com a possibilidade da elevação da despesa, ressalvados os projetos de lei de iniciativa privativa do Presidente da República, projetos sobre organização dos serviços administrativos da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos Tribunais Federais e do Ministério Público[180]. Observe-se que a restrição para apresentação de emenda com elevação de despesa é apenas para os projetos de iniciativa privativa do Presidente da República, não incidindo sobre os demais que tenha a possibilidade propor. Porém, mesmo em relação aos projetos de iniciativa privativa, o dispositivo constitucional expressamente excluiu da vedação o projeto de lei orçamentária, determinando que para tal projeto de lei fosse

[180] Ver artigo 63 da CF.

observada uma relação de equilíbrio entre criação de despesa e indicação de receita[181].

Aos parlamentares é perfeitamente possível a apresentação de emendas ao projeto de lei orçamentária, devendo ser observado o equilíbrio orçamentário ao determinarem a indicação dos recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa. Esta limitação na elaboração do orçamento é mitigada pela possibilidade da apresentação de emendas decorrentes de erros ou omissões no projeto apresentado pelo Presidente da República (artigo 166, III, “a”). Desta forma, é possível a apresentação de emenda ao fundamento da existência de erro na avaliação de receita ou omissão dela[182]. No dizer de Eber Zoehler Santa Helena (2009) as restrições constitucionais atinentes à necessidade da constituição de fonte de financiamento têm sido contornadas com o uso de artifício, pelo aumento de receita estimada a título de erros e omissões nessas estimativas e pelo oferecimento de uma reserva de recursos para compensação das emendas parlamentares individuais, no montante de 1% da receita corrente líquida. Este autor sustenta que a reserva vem sendo constituída na proposta orçamentária desde a década de 1990 por acordo entre o Poder Executivo e o Congresso Nacional de forma a não desfigurar as ações propostas pelo Poder Executivo em seu projeto de lei.

Possibilitada a apresentação de emendas, exclusivamente pelos parlamentares, estas assumem a forma individual ou coletiva. A quantidade de emendas individuais é limitada, fixando-se o teto de vinte e cinco emendas passíveis de apresentação por parlamentar integrante ou não da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. As emendas coletivas se subdividem em emendas de bancada estadual, de comissão e de Mesa. As emendas de bancada estadual são apresentadas por, pelo menos, 3/4 dos deputados e 2/3 dos senadores pertencentes a determinado ente da Federação, possuindo limite que varia conforma

---

[181] Ver artigo 166, §§ 3º e 4º.

[182] Para interessante critica do uso deste dispositivo ver Serra (As vicissitudes do orçamento)

o tamanho da bancada. As emendas de comissão são apresentadas pelas comissões temáticas permanentes[183] das duas casas do Congresso Nacional, devendo ser aprovadas pelos respectivos plenários, como condição de admissibilidade. As emendas coletivas devem contemplar ações que sejam de interesse nacional ou institucional, e possuir pertinência temática com a área de atuação da respectiva comissão. As Mesas diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal possuem também a faculdade da apresentação de emenda à proposta de lei orçamentária.

A disciplina constitucional a respeito da possibilidade da emenda ao PLO[184] determina sua apresentação na CMO, restringindo seu alcance de sorte que apenas as emendas compatíveis com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias podem ser apresentadas, sendo necessária a indicação dos recursos bastantes para sua implementação. A indicação destes recursos deve advir da anulação de despesa prevista na proposta encaminhada pelo Executivo, sem, contudo, afetar as despesas pertinentes a: 1) dotações para pessoal e seus encargos; 2) serviço da dívida; 3) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal. Estas despesas são intangíveis na proposta do Executivo e não podem ser objeto de alteração pelo Parlamento.

É nítido que esta disposição constitucional restringe o debate a respeito do orçamento, porém não impede a discussão a respeito de temas relevantes para a implementação de determinada política econômica em nosso País. A impossibilidade de alteração parlamentar da proposta de LOA sobre o serviço da dívida ou sobre as transferências para os entes federados não impede o debate a respeito da natureza da política econômica ou forma de Federação que pode ser travada na disciplina de outras matérias em tramitação perante o órgão legislativo. O

---

[183] A Resolução (artigo 43) discrimina que a apresentação de emenda ao projeto de LOA apenas poderá ser feito por comissão permanente que possua competência direta e materialmente relacionada com área de atuação pertinente à estrutura da Administração Pública Federal.

[184] Ver artigo 166 da CF.

que a Constituição preceitua é que o debate não pode ser travado na lei orçamentária, tendo em vista seu restrito alcance.

Três são as possibilidades de classificação das emendas de despesa, passíveis de apresentação junto a CMO: emenda de remanejamento; emenda de apropriação e emenda de cancelamento. A emenda de remanejamento é a que propõe acréscimo ou inclusão de dotações e, simultaneamente, aponta como fonte exclusiva de recursos, a anulação equivalente de dotações constante do projeto observada a compatibilidade de recursos. A emenda de apropriação é a que propõe acréscimo ou inclusão de dotações e indica, simultaneamente, como fonte de recursos, a anulação equivalente de recursos integrantes da Reserva de Recursos ou outras dotações, definidas no Parecer Preliminar. A emenda de cancelamento é a que propõe, exclusivamente, a redução de dotações constantes do projeto..

As propostas de emendas são submetidas aos relatores setoriais, cabendo ao relator-geral, após a votação dos pareceres setoriais, a consolidação e sistematização dos relatórios setoriais. Nesta fase, o relator-geral possui a capacidade de modificar a emenda aprovada na fase setorial, podendo diminuir em até 10%, os valores aprovados para cada emenda, para harmonizar o atendimento às bancadas estaduais e às comissões[185]

O parecer final do relator-geral e o substitutivo, decorrente das emendas aprovadas, é submetido à votação perante a Comissão Mista de Orçamento. Aprovado, é relatado perante o Congresso Nacional pelo mesmo relator-geral da CMO. A fase de votação no Congresso Nacional não admite a interrupção da votação por pedido de vista[186], sendo possível a apresentação de “destaque” para votação em separado (DVS).

Aprovado o projeto de lei orçamentária, é submetido ao Presidente da República para a manifestação de concordância com o texto, sancionando-o, ou

---

[185] Conforme artigos 65/69 da citada Resolução 01/06 do Congresso Nacional.

[186] Conforme artigo 130, IV da citada Resolução do Congresso Nacional.

para a discordância, com o veto. Na hipótese da ocorrência de veto parcial (não é crível o veto total), a apreciação será realizada pelo Congresso Nacional, nos moldes do que dispõe a Constituição Federal[187].

2.2.3.2 O problema da não-aprovação da LOA

Por derradeiro, vale esclarecer que nossa atual Constituição não possui regra estabelecendo uma vigência provisória do orçamento em caso de rejeição da proposta do Executivo pelo Parlamento, ou mesmo sua não-apreciação. A Constituição anterior previa a possibilidade de aplicação da sanção presidencial da proposta apresentada pelo Executivo, caso o Congresso Nacional sobre ela não se manifestasse em determinado prazo. Esta disposição não mais existe. Assim, na hipótese de rejeição pelo Congresso Nacional do projeto de lei orçamentária, a consequência é a impossibilidade da ação estatal válida, devendo ser aprovada a utilização da receita por meio de lei específica, válida para cada despesa a ser efetivada.[188]

Evidente que este não é o panorama desejável para uma eficiente e dinâmica atuação administrativa, porém trata-se de uma solução que coaduna a necessidade de prévia aprovação pelo Parlamento dos recursos necessários à satisfação das despesas, com uma situação limite, situada para além de uma conduta responsável da gestão da coisa pública.

Para evitar esta situação, durante o procedimento da apreciação do projeto de LOA, paralisando o funcionamento da máquina pública pela inexistência de um orçamento aprovado no início do exercício, tendo sido disposto na LDO[189] um

---

[187] Conforme artigo 66, § 4º da CF.

[188] Ver artigo 166, § 8º da CF.

[189] Ver a LDO 2010, materializada na Lei nº 12.017 de 12 de agosto de 2009. “Art. 68 - Se o Projeto de Lei Orçamentária de 2010 não for sancionado pelo Presidente da República até 31 de dezembro de 2009, a programação dele constante poderá ser executada para o atendimento de: I – despesas que constituem obrigações constitucionais ou legais da União, relacionadas na Seção I do Anexo V desta Lei; II – bolsas de

conjunto de normas disciplinando a execução de parte da proposta encaminhada pelo Poder Executivo, especificamente em relação às transferências obrigatórias e determinadas despesas, expressamente especificadas na norma antes mencionada. Esta solução aplica-se apenas durante a fase de tramitação do projeto de LOA, até que se conclua a apreciação da Lei Orçamentária Anual e esta seja sancionada e publicada, não sendo de possível utilização em caso de rejeição do projeto apresentado.

3.3 O CONTROLE DO ORÇAMENTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Já vimos[190] que o orçamento público nasce com a necessidade de proceder ao controle dos gastos do Estado, decorrente necessário da distinção entre tesouro e caixa privado, com o término do período de monarquia absolutista. Desta forma, inerente a natureza do orçamento é o controle de sua observância e, posteriormente, de sua perfeita execução.

Para tanto, é de observar a necessidade do exercício pelo órgão encarregado do controle, dos meios necessários a verificação da compatibilidade entre o agir público e o regrado por meio da norma orçamentária. É a possibilidade de acesso aos dados necessários a esta verificação, como uma consequência do poder geral

---

estudo no âmbito do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, da Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, e bolsas de residência médica e do Programa de Educação Tutorial – PET; III – pagamento de estagiários e de contratações temporárias por excepcional interesse público na forma da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993; IV – ações de prevenção a desastres, classificadas na subfunção Defesa Civil; V – formação de estoques públicos vinculados ao programa de garantia dos preços mínimos; VI – despesas com a realização das eleições de 2010; VII – outras despesas correntes de caráter inadiável; e VIII – cota de importação de bens destinados à pesquisa científica e tecnológica, no valor fixado no exercício financeiro anterior pelo Ministério da Fazenda. § 1º As despesas descritas no inciso VII deste artigo estão limitadas a 1/12 (um doze avos) do total de cada ação prevista no Projeto de Lei Orçamentária de 2010, multiplicado pelo número de meses decorridos até a sanção da respectiva lei. § 2º Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 55 desta Lei aos recursos liberados na forma deste artigo. § 3º Na execução de outras despesas correntes de caráter inadiável, a que se refere o inciso VII do caput, o ordenador de despesa poderá considerar os valores constantes do Projeto de Lei Orçamentária de 2010 para fins do cumprimento do disposto no art. 16 da Lei Complementar no 101, de 2000."

[190] Ver o capítulo referente ao histórico do orçamento público.

de inspeção pelo Parlamento e pelos cidadãos de modo geral, dos atos do poder público.

Pela nossa Constituição[191], a apreciação da conta dos atos governamentais é uma incumbência do Parlamento[192] e este, para perfeito cumprimento desta missão, deve dotar-se de serviços técnicos qualificados para acompanhamento do processo de implementação das decisões governamentais, de sorte a verificar a compatibilidade com o ordenamento jurídico.

A posição do Executivo, como órgão encarregado de elaborar a proposta orçamentária e, posteriormente, como órgão primário de execução de sua execução, reforça a necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle. Ademais, não é possível olvidar que nossa Constituição possui uma vocação que direciona a atividade estatal para persistente atuação no domínio econômico[193] e na sociedade como um todo, visando direcioná-la para a consecução dos objetivos fundamentais[194]. Há muito nossa Constituição abandonou a posição contemplativa em relação à sociedade, assumindo uma posição agente no processo de transformação social, visando direcionar Estado e sociedade para uma situação de fato querida pelo legislador constituinte. Esta necessidade de atuação do Poder Público torna ainda mais importante o papel dos mecanismos de fiscalização da atividade do Estado[195], na medida em que a hipertrofia da possibilidade de atuação deve corresponder ao crescimento dos mecanismos de controle democrático[196] desta mesma atividade.

---

[191] Ver artigo 70 da CF.

[192] Ver Constituição Federal: artigo 49, IX, relativamente ao Congresso Nacional e artigo 51, II, relativamente à Câmara do Deputados.

[193] Ver artigos 173 e 174 da CF.

[194] Ver artigo 3º da CF.

[195] A respeito da possibilidade da instauração de processo de fiscalização da atividade pública pela minoria parlamentar ver a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 26441 / Distrito Federal, relatado pelo Ministro Celso de Mello e julgado em 25 de abril de 2007.

[196] Existe uma vinculação entre o controle da administração pública e o estado democrático de direito. A possibilidade do controle do ato administrativo se inclui dentre os requisitos caracterizados do Estado de Direito, em somatório a outros requisitos (SANTOS, 2003)

A fiscalização genérica dos atos do Poder Público compreende a atividade financeira do Executivo e, na especialidade, o procedimento dos organismos públicos na execução do orçamento aprovado. O orçamento também é a expressão numérica de um programa político e sua execução deve ser acompanhada pelo órgão encarregado da fiscalização da atividade pública, de sorte a assegurar o cumprimento das metas estabelecidas com legalidade, eficiência e economicidade, observado o dispêndio público para efetivação das metas previstas na legislação do orçamento. Assim, é preciso que o Parlamento e seus membros possuam acesso aos dados de execução orçamentária como elemento imprescindível para o cumprimento das funções que a Constituição lhe outorga.

Tanto o parlamento como órgão, como os grupos minoritários nele existentes, devem ter amplo acesso a informações desta natureza para avaliar a legalidade, economicidade, eficiência e a legitimidade da atuação financeira da Administração Pública. Disponibilidade semelhante deveria estar à disposição do cidadão para uso dos instrumentos processuais constitucionais[197] hábeis a efetivação do controle.

Neste sentido deve se distinguir a atividade de fiscalização que se realiza no interior da máquina pública, como adiante será minudenciada, com o mister de realizar o controle dos atos do Estado que é exercida pela sociedade civil, seja diretamente por particulares ou por entidades representativas. Esta última decorre do direito que a população possui de tomar satisfações daqueles que formalmente se obrigam a velar por tudo o que é de todos.[198] O exercício do controle social do poder é uma expressão de um direito público subjetivo que possui a finalidade de forçar o Estado a acatar a conduta do particular perante o próprio Estado, o que não significa impor sua própria vontade à Administração Pública, mas sim levar a aceitação pelo Estado das consequências da conduta assumida pelo particular perante a Administração (BRITO, 1993). Neste sentido é a expressão de direito que

---

[197] À quisa de exemplo é possível referenciar as garantias constitucionais da Ação Popular, prevista no artigo 5º, LXXIII, a garantia do Direito de Petição, com previsão no artigo 5º, XXXIV, e a denúncia diretamente ao Tribunal de Constas, conforme artigo 74, § 2º, todos da Constituição Federal.

[198] Sobre a distinção e a natureza do controle social da atividade administrativa, é de observar o interessante artigo de Carlos Ayres de Britto (1993): Distinção entre “Controle Social do Poder” e “Participação Popular” .

se exerce mercê do reconhecimento prévio da existência de direitos albergados pelo ordenamento jurídico, seja na própria Constituição ou mesmo na legislação infraconstitucional.

O exercício do poder não estaria propriamente no controle social da atividade pública, mas sim nos mecanismos de participação popular[199], exercidos diretamente ou por meio de representantes (artigo 1º, § único da CF). Diferente o exercício do controle social pela impugnação válida à ação ou omissão estatal na execução de determinada atividade vinculada, que poderá ser realizada individual ou coletivamente, do exercício de mecanismo de participação popular que, em matéria orçamentária, se traduz em instrumentos à semelhança de orçamento participativo, em que a norma é cunhada a partir da participação popular.

A doutrina[200] considera a existência de tipos e sistemas de controle do orçamento, distinguindo entre a finalidade do orçamento e o tipo de controle a ser implementado. De fato, considerando a diferenciação entre a finalidade do modelo de orçamento clássico e a do orçamento-programa não é possível considerar que os mesmos instrumentos de controle sejam adequados. A preocupação do orçamento tradicional prende-se à satisfação dos elementos formais da execução orçamentária em relação ao que fora aprovado pelo Parlamento. Para atingir seus objetivos, a compatibilidade formal na relação despesa implementada e autorizada é suficiente. Contudo a finalidade do orçamento vinculado à execução de um sistema de planejamento se mostra diferente, exigindo uma modalidade de controle que compreenda, mas ultrapasse a verificação da compatibilidade formal e permita a verificação de mérito na execução da despesa para identificar a correspondência

---

[199] "Isto assente, fácil é deduzir que o controle social do poder não é forma de exercício do poder político. O agente privado a que assiste qualquer das vias de controle do Poder Público não se assume enquanto autoridade normante. Não se produz uma regra nova de Direito, mas, simplesmente, aplica norma constitucional preexistente. Numa palavra, não participa do processo de elaboração jurídica, e, portanto, de participação popular não se cuida. Se, por acaso, da sua iniciativa controladora, vier a ser gestada uma regra de direito (até para desfazer uma outra insanavelmente viciada), a autoria do espécime jurídico novo será exclusivamente do Estado". (BRITO, 1993)

[200] Foi utilizada a compreensão do tema a partir da reflexão de José Afonso da Silva, materializada nas obras: Orçamento Programa no Brasil, Comentário Contextual à Constituição e Curso de Direito Constitucional Positivo.

entre a execução e o contido no planejamento, materializado pelas leis que compõem o sistema orçamentário[201].

Os mecanismos de controle da atividade estatal vinculada a finanças públicas são classificados em três grupos[202].

O primeiro grupo distingue a classificação quanto à forma. Sua subdivisão compreende: a) *segundo a natureza das pessoas controladas* – para abranger o controle sobre os administrados e sobre os funcionários do serviço de contabilidade, exigindo a prestação de contas de qualquer pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária[203]; b) *segundo a natureza dos atos controlados* – controles: contábil, financeiro, controle operacional e controle patrimonial; c) *segundo o momento do seu exercício* – controle *a* priori, concomitante e *a posteriori;* d) *segundo a natureza dos organismos controladores* – controle administrativo, controle jurisdicional e controle político (este último exercido pelo Parlamento).

Quanto aos tipos, a classificação abrange: a) *controle de legalidade dos atos*; b) *controle de legitimidade* – que implica a verificação de mérito do ato administrativo de sorte a verificar sua compatibilidade com as diretrizes estabelecidas para o orçamento e sua execução[204]; c) *controle de economicidade*, correspondente também a uma avaliação de mérito, vinculada à relação custo-benefício na realização da despesa; d) *controle de fidelidade funcional* dos agentes públicos incumbidos da custódia dos bens e valores públicos e; e) *controle de resultado, de cumprimento dos programas de trabalho e das metas* vinculado à consecução dos

---

[201] Para a importância da distinção, ver José Afonso da Silva (1973)

[202] Classificação adotada por José Afonso da Silva (2009).

[203] Redação do artigo 70, § único da Constituição Federal.

[204] É o caso da correspondência da realização da despesa com as prioridades estabelecidas na LDO e no PPA. Trata-se de um controle para além da legalidade, ou seja, da correspondência entre o planejado e o executado, como decorrente necessária.

objetivos previstos, sejam na forma de valores a obter ou na realização de obras e prestação de serviços[205].

O terceiro e derradeiro controle, consoante a utilizada classificação do José Afonso da Silva, versa sobre os sistemas de controle, compreendendo os sistemas de controle interno e externo. A classificação baseada em sistema decorre da distinção utilizada pela Constituição[206] ao afirmar que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

3.3.1 O controle interno

O artigo 70 da Constituição Federal determina que cada Poder organize um órgão de controle interno, de natureza administrativa, com a finalidade de acompanhar a execução do orçamento público, no particular, e a atividade financeira do órgão pertinente, no geral. A determinação para a criação do órgão se volta para cada um dos Poderes do Estado, pelo que não é possível considerar que a obrigatoriedade da sua existência esteja restrita ao Poder Executivo. Considerando o mandamento, José Afonso da Silva (2009) considera que a obrigatoriedade decorre da ampla autonomia constitucional de cada Poder, garantida pela Constituição[207]. Todavia, a autonomia em matéria financeira não foi alterada, em

---

[205] Vê-se que a classificação positivada pelo artigo 75 da Lei nº 4320/64 foi ultrapassada para abranger novos tipos.

[206] Ver artigo 70 da CF.

[207] Neste sentido, nossa atual Constituição difere das anteriores, cuja previsão de controle interno não abrangia os órgãos dos Poderes. Veja-se a título de exemplo os artigos 71 e 72 da Constituição de 1967/69, em que o controle interno estava restrito ao Poder Executivo. A constituição de 1946 sequer previa a existência de um controle interno, sua disposição apenas fixava a competência do Congresso Nacional para exercer a fiscalização financeira, principalmente orçamentária, conforme artigo 22 da Constituição Federal de 1946.

grande monta, pela atual Carta Magna. Cremos ser possível atribuir o alargamento da perspectiva de controle à aplicação dos princípios constitucionais da Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, publicidade e moralidade, sem olvidar o princípio da transparência[208].

A definição constitucional do controle interno determina sua criação em um sistema integrado, de sorte a permitir uma troca de dados entre os diversos órgãos e a atuação compartilhada na tarefa de fiscalização da atividade administrativa, inclusive determinando a ciência obrigatória, sob pena de responsabilidade solidária[209], do Tribunal de Contas da União, na ocorrência de irregularidade ou ilegalidade. A finalidade do controle interno consiste em: a) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; c) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; d) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional[210].

A normatização a respeito do controle interno da execução orçamentária aparece explicitamente com o advento da Lei n° 4320/64[211], atribuindo, em coerência com a disposição constitucional da Constituição Federal de 1967/69, ao Poder Executivo a tarefa de sua execução. O próprio texto da Constituição de 1967[212] passou a prever a existência do organismo de controle interno, organizado em dualidade com o controle externo que persistia sendo efetuado pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas, trazendo a possibilidade da avaliação

---

[208] Conforme artigo 37 da CF e artigo 1º da LC nº 101/2000.

[209] Conforme parágrafo primeiro do artigo 74 da CF.

[210] Conforme artigo 74 da CF.

[211] Conforme artigos 76 a 80 da Lei n° 4.320/64.

[212] Conforme artigos 71/73 da Constituição Federal de 1967.

do cumprimento das metas previstas na execução orçamentária[213]. O sistema de controle, fiscalização e auditoria evolui na atual Constituição, abrangendo todos os órgãos dos Poderes do Estado.

Parece claro que o procedimento de controle interno auxilia no correto desenvolvimento da atividade administrativa, sob o ponto de vista do cumprimento das metas especificadas e o proceder conforme os ditames da legalidade. No específico cumprimento da tarefa de fiscalização dos atos, o controle interno não é posto em posição de subordinação hierárquica na estrutura administrativa, mas aparta-se da subordinação para garantir uma autonomia no cumprimento do dever funcional. Observa-se tal ao constatar a obrigação de representar ao Tribunal de Contas na ocorrência de ilegalidade ou irregularidade, independentemente de autorização hierárquica, sob pena de responsabilidade civil e administrativa, sendo a primeira de forma solidária com o gestor público responsável pelo cometimento da ilegalidade.

Desta forma, é importante observar a necessidade da independência e autonomia funcional do servidor ou servidores encarregados do controle interno e sua vinculação às normas jurídicas instituidoras do controle e as resoluções e determinações do órgão responsável pelo controle externo, a quem deve apoiar no cumprimento da missão institucional. Isto significa livre acesso aos documentos e bancos de dados do órgão controlado e requisição de documentos, afastando a possibilidade da consideração de sigilo em documento ou informação pertinente à atuação financeira do órgão ou entidade submetidas a fiscalização interna em relação ao servidor ou setor encarregado do controle interno. É claro que, estando a informação sujeita a sigilo, este se transmite ao servidor, pelo que a informação não poderá ser tornada pública, sob pena de responsabilização funcional. Todavia, o

---

[213] Ver a redação do artigo 72 da CF de 1967, a seguir transcrito: “Artigo 72 - O Poder Executivo manterá sistema de controle interno, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.”

conteúdo sigiloso não possui efeito em relação ao órgão interno responsável pelo controle.

Coube aos Poderes a organização de seus órgãos de controle interno. Em termos do Poder Executivo foi criada a Controladoria-Geral da União (CGU)[214], com a denominação de Corregedoria-Geral da União (CGU/PR), sendo vinculada diretamente à Presidência da República. A CGU teve, originalmente, como propósito declarado de realizar, no âmbito do Poder Executivo Federal, o controle dos atos administrativos, avaliando o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União. Cabe-lhe ainda, comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, apoiando o organismo externo de controle.[215]

A Câmara dos Deputados criou uma Secretaria de Controle Interno[216], a quem compete exercer o acompanhamento e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, a verificação e avaliação dos resultados obtidos pelos administradores públicos, no âmbito da Câmara dos Deputados. O Senado Federal também estabeleceu organismo de controle interno, materializado pela Resolução nº 71 de 1993, com atribuições de: planejar, dirigir e executar as atividades de inspeção e auditoria contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Senado Federal e seus órgãos supervisionados; avaliar o

---

[214] Conforme a Medida Provisória n° 2.143-31, de 02 de abril de 2001. Persiste em tramitação como medida provisória nº 2216-37/2001.

[215] Ver Lei nº 10.180/2001, especificamente os artigos 19/24. Ver também Lei nº 10,683/2003, alterada pela Lei nº 12.314/2010, especialmente os artigos 19 e 20, a seguir transcritos: “Artigo. 19. Os titulares dos órgãos do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo federal devem cientificar o Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União das irregularidades verificadas, e registradas em seus relatórios, atinentes a atos ou fatos, atribuíveis a agentes da administração pública federal, dos quais haja resultado, ou possa resultar, prejuízo ao erário, de valor superior ao limite fixado pelo Tribunal de Contas da União, relativamente à tomada de contas especial elaborada de forma simplificada.” “Artigo. 20. Deverão ser prontamente atendidas as requisições de pessoal, inclusive de técnicos, pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, que serão irrecusáveis. Parágrafo único. Os órgãos e as entidades da administração pública federal estão obrigados a atender, no prazo indicado, às demais requisições e solicitações do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, bem como a comunicar-lhe a instauração de sindicância, ou outro processo administrativo, e o respectivo resultado.”

[216] Resolução nº 69/1994, posteriormente alterada pela Resolução nº 32 de 2002.

cumprimento das metas previstas nos programas, projetos e atividades administrativas do Senado Federal; verificar a legalidade e avaliar os resultados quanto à economicidade, eficiência e eficácia na gestão orçamentária, financeira e patrimonial do Senado Federal e seus órgãos supervisionados; fiscalizar a execução de contratos, convênios e outros acordos bilaterais; acompanhar e avaliar os processos de tomada de contas dos ordenadores de despesas e demais responsáveis por dinheiro, bens e outros valores públicos; verificar a prestação de contas do Senado Federal e de seus órgãos supervisionados e sobre elas emitir parecer prévio; propor normas e procedimentos para aprimoramento dos controles sobre atos que impliquem despesa ou obrigações para o Senado Federal; criar condições indispensáveis para assegurar eficácia ao controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas da União; verificar a exatidão e suficiência dos atos de admissão e desligamento de pessoal e dos atos de concessão de aposentadoria e pensão, emitindo parecer sucinto e conclusivo sobre a legalidade; encaminhar ao Tribunal de Contas da União a documentação dos atos de admissão e desligamento de pessoal com os respectivos pareceres emitidos pela Secretaria de Controle Interno; elaborar Relatório e emitir Certificado de Auditoria sobre as prestações tomadas de contas do Senado Federal e seus órgãos supervisionados a serem encaminhados, anualmente, ao Tribunal de Contas da União, manifestando-se, inclusive, quanto à avaliação dos resultados da gestão sobre os aspectos de eficiência e eficácia.

No âmbito do Poder Judiciário foram criados organismos de controle interno, valendo citar o disposto na Resolução nº 86 do Conselho Nacional de Justiça[217], de conteúdo determinante aos tribunais integrantes do Poder Judiciário e sujeitos ao controle do Conselho Nacional de Justiça, prevendo a criação de unidades ou núcleos de controle interno, com as atribuições a seguir enumeradas: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual respectivo; II - acompanhar e avaliar a execução orçamentária e os programas de gestão; III - verificar a observância e comprovação da legalidade dos atos de gestão e avaliar os resultados, especialmente quanto à eficiência e à eficácia das ações administrativas,

[217] Datada de 06 de setembro de 2009.

relativas à gestão orçamentária, financeira, patrimonial e de pessoal, nos seus vários órgãos. IV - examinar as aplicações de recursos públicos alocados por entidades de direito privado; V - subsidiar meios e informações, bem como apoiar o controle externo e o CNJ no exercício de sua missão institucional. A resolução do CNJ aplica-se também às serventias autônomas ou privadas e entidades que percebam ou arrecadem recursos em nome do Poder Judiciário. Observa-se que esta resolução se aplica aos órgãos do Poder Judiciário, sujeitos à atuação do CNJ, o que não é o caso do Supremo Tribunal Federal[218]. No âmbito específico do STF foi instituído o controle interno, organizado pela Resolução nº 76 de 16 de setembro de 1991, complementado pelo Ato Regulamentar nº 33 de 18 de dezembro de 2002 e pela Instrução Normativa nº 82, de 15 de abril de 2009, com as seguintes atribuições: I - realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Supremo Tribunal Federal, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade dos seus gastos; II - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento, quanto ao Supremo Tribunal Federal; III - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional; V - proceder a auditagens periódicas nas unidades administrativas incumbidas da execução orçamentária, financeira e patrimonial, bem como em relação aos demais responsáveis por dinheiro, valores e outros bens públicos; VI - emitir pareceres e certificados de auditoria sobre prestações e tomada de contas; VII - elaborar cálculos em processos de execução de julgados do Tribunal. Como é possível verificar nos dois instrumentos normativos (CNJ e STF), ambos padecem do defeito de desconsiderar a integração determinada pelo citado artigo 74 da CF, deixando de dispor organicamente em relação aos órgãos que lhes são afetos. A questão parece mais importante no CNJ que possui por função constitucional o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário[219], porém não possui estrutura

---

[218] Ver a decisão do STF na ADI nº 3367 onde afirma que o STF não se submete à atuação administrativa do Conselho Nacional de Justiça, julgado em 13 de abril de 2005.

[219] Conforme disposição constante do artigo 103-B da CF, a seguir transcrito: “Art. 103-B...§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres

bastante para harmonizar os mecanismos de controle interno dos órgãos que lhes são vinculados ou mesmo para normatizar procedimentos de execução financeira, como seria desejável. Claro que a tarefa de compatibilizar órgãos submetidos a esferas diferenciadas (estadual e federal) representa um desafio adicional, até mesmo pela disparidade de normas aplicáveis, além da resistência decorrente da novidade da implementação de mecanismos de controle interno, que se pode verificar pela simples demora na regulamentação do controle interno (2009). A dificuldade se torna mais aguda em relação aos Tribunais de Justiça dos Estados, pela inexistência de determinação específica[220]. Todavia, isto parece ser a tarefa do porvir, até mesmo em face da existência recente do órgão de coordenação e controle nacional do Poder Judiciário.[221]

3.3.2 O controle externo

O controle externo é atribuição do Poder Legislativo[222], sendo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas. É imprescindível a existência de mecanismo de verificação da compatibilidade formal e de mérito dos atos financeiros do Poder Público com o ordenamento jurídico, de sorte a possibilitar ao órgão que possui o

---

funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;..."

[220] Não existe disposição constitucional vinculando os órgãos estaduais à necessidade de criação de organismos de controle interno, aplicando-se, a meu ver, a disposição do artigo 25 da CF para fixar a obrigatoriedade da instituição. Contudo, pelo menos em relação ao Poder Judiciário, a disposição é desnecessária ante a redação do § 4º do Artigo 103-B da CF acima transcrito. Apenas a título meramente exemplificativo da diversidade de normas aplicáveis, ver os artigos 22, XXVII e 24, I e II da CF.

[221] Criado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

[222] Nos termos dos artigos 70 e 71 da CF, a seguir transcritos: Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: ...

poder/dever de fiscalização poder emitir um juízo da adequação da conduta administrativa à lei, como decorrente necessário do Estado de Direito.

Existe uma distinção entre fiscalização e controle. A fiscalização representa uma atividade distinta do controle[223], na medida em que significa a fase final do ciclo orçamentário, posterior à aprovação do orçamento pelo Poder Legislativo, compreendendo também as atividades das comissões parlamentares[224]. O controle é o meio pelo qual se procede à fiscalização, assim como é efetivado na fase anterior à aprovação do orçamento, após a apresentação do projeto pelo Executivo, *"sub censura"* do Parlamento na verificação dos pressupostos de formação e prioridades em comparação com as normas jurídicas que o informam[225].

A atuação do Congresso Nacional é desenvolvida pelo seu Plenário e Comissões e corresponde ao acompanhamento da legalidade dos atos e na verificação posterior das contas públicas[226], que devem ser apresentadas pelo Poder Executivo[227]. Na tarefa de acompanhamento e deliberação sobre as contas apresentadas pelos Poderes, o Congresso Nacional conta com o auxílio do Tribunal de Contas[228], porém o controle é exercido pelo órgão parlamentar, que possui a responsabilidade final na aprovação ou rejeição das contas apresentadas para sua decisão. O Tribunal de Contas é órgão técnico de assessoramento da atividade de fiscalização e controle, cujas decisões têm caráter administrativo e não político ou, ainda menos, jurisdicional.

---

[223] Conforme Torres(2008)

[224] Ver artigos 49, X e 58, § 3º da CF.

[225] Plano Plurianual e Lei das Diretrizes Orçamentárias.

[226] Ver a possibilidade de controle concomitante nos termos dos artigos 49, X, 50 e 52, XV da CF e o controle posterior pelo Congresso Nacional no julgamento das contas do Executivo, conforme artigo 49, IX da CF.

[227] A falta de apresentação voluntária das contas não inibe a atuação parlamentar, cabendo à Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas, em caso de não apresentação, no prazo de sessenta dias da abertura da sessão legislativa, consoante artigo 51, II da CF.

[228] E seus congêneres estaduais e municipais

A consideração da natureza administrativa das decisões provenientes dos Tribunais de Contas[229] não significa a diminuição do importante papel que desempenha em nosso sistema de controle da atividade pública, mas sim considerar a adequada natureza de suas decisões e sua posição dentro da estrutura estatal. Não parece crível considerar o Tribunal de Contas como um órgão jurisdicional pela menção, dentre suas atribuições, da tarefa de "julgar" [230]. A função judicial atípica não é prerrogativa do Tribunal de Contas, exercendo-a o Poder Executivo e o Congresso Nacional[231] sem presumir serem órgãos do Poder Judiciário ou órgãos jurisdicionais[232]

A Constituição detalha a competência do Congresso Nacional na área da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial[233] da União e de suas entidades e, neste mister, contempla as atribuições do Tribunal de Contas e da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. É de observar que, na tarefa de fiscalização, as posições do Tribunal de Contas e da CMO são

---

[229] A questão não é pacifica, considerando a função administrativa veja-se Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 2009 e Torres, 2008. Em sentido contrário, vendo uma atuação jurisdicional temos Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, tomo III e Santos, Tribunal de Contas da União & Controle Estatal e Social da Administração Pública, 2003. Em terceira posição, considerando uma jurisdição administrativa temos Mileski, O Controle da Gestão Pública, 2003. Enveredar por esta discussão não é o objeto do presente trabalho, valendo apenas registrar a polêmica que cerca o temário.

[230] Conforme redação do artigo 71 da CF, a seguir transcrito: "O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:..II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;"

[231] O Poder Executivo na apreciação dos processos administrativos que lhes são sujeitos, nos termos do artigo 82, II da CF. O Congresso Nacional na apreciação das contas e na deliberação pelo cometimento de crime de responsabilidade pelo Presidente da República, conforme artigos 49, IX e 52, I e II e até mesmo a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização – CMO, nos termos do artigo 72, § 2º, todos da CF.

[232] Existe uma diferença entre atividade típica e atípica dos Poderes, pelo que a separação das funções do Estado não é uma questão de exclusividade do exercício de determinada função estatal, mas sim uma questão de preponderância. Para tanto, ver Teixeira (1991) .

[233] Fiscalização contábil é a realizada por meio de registros contábeis, balanços, da escrituração sintética, da analise e interpretação de resultados econômicos e financeiros. Fiscalização financeira tem por objetivo o controle da arrecadação das receitas e da realização de despesas, compreendendo os dados contábeis e a fiscalização preventiva ou sucessiva das operações previstas na lei orçamentária. Fiscalização orçamentária é a que exerce sobre a execução do orçamento, tendo por finalidade demonstrar o nível de concretização das previsões constantes da lei anual. Fiscalização operacional visa ao controle das operações de crédito e de despesas que não constem da previsão orçamentária. Fiscalização patrimonial tem por objeto o controle da situação e das modificações dos bens móveis que constituem o patrimônio público, contudo abrangendo igualmente os bens dominiais e os bens públicos de uso do povo. Conforme tipificação utilizada por Ricardo Lobo Torres (461/462)

complementares, ambas servindo de fundamento para o procedimento de controle realizado pelo Parlamento, que se desenvolverá em relação aos aspectos: contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial. Esta tarefa verificará não apenas a legalidade do proceder, mas igualmente a legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e a renúncia de receitas da União e das entidades da administração direta e indireta.

A CMO deverá receber as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, sobre elas emitindo parecer, com o auxílio do Tribunal de Contas, para deliberação definitiva do Congresso Nacional[234]. Também caberá a esta comissão o acompanhamento e a fiscalização orçamentária, sem prejuízo da atuação das demais comissões do Congresso Nacional, de suas Casas ou do Tribunal de Contas, que podem realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e nas unidades administrativas da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal. A apreciação da prestação de contas envolve as seguintes atividades: a) comunicação ao Plenário do Congresso Nacional do recebimento da prestação de contas anual e do seu encaminhamento ao TCU, para que este a examine e exare, no prazo de sessenta dias, o parecer prévio referido no art. 71, I, da Constituição; b) designação de Ministro Relator pelo Presidente do Tribunal de Contas da União; c) reavaliação do instrumental metodológico desenvolvido nos anos precedentes, apreciação dos documentos e das informações complementares e elaboração da proposta de parecer prévio pelo Ministro Relator; d) apreciação e deliberação do Plenário do Tribunal de Contas da União sobre a proposta do Relator, introdução de ajustes, quando for o caso, e sua remessa ao Congresso Nacional; e) publicação do parecer prévio em avulsos e sua remessa à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, com vistas a instruir a apreciação das contas pelo Relator designado; f) avaliação das Contas, do parecer prévio e de outros subsídios e elaboração do Relatório e voto do Relator; g) deliberação do Plenário da Comissão

[234] Ver artigo 49, IX da CF.

Mista sobre o parecer do Relator e remessa de sua decisão para apreciação pelo Plenário do Congresso Nacional, como elemento instrutivo para o julgamento das Contas do Presidente da República[235].

Duas são as vertentes de atuação do controle externo Pontes e Pederiva (2004). A primeira é fundada na verificação das contas prestadas por todos aqueles que arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais responda a União, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária. A verificação das atividades destes agentes é realizada pelo órgão do TCU no exercício de seu mister de fiscalização e o controle, consoante a competência constitucional que lhe é atribuída (artigo 71 da Constituição Federal), exercendo as funções de: a) de controladoria, a ser exercida mediante a realização de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; b) informativa ou consultiva, a subsidiar as decisões do Congresso Nacional, quando deve atuar como autêntico órgão de informação e consulta do Poder Legislativo; e c) de ouvidoria, voltada à correição dos atos da administração pública federal, a partir de denúncias dos cidadãos (Pontes e Pederiva 5) devendo reportar-se ao Congresso Nacional, pois este é o órgão ao qual compete a fiscalização externa dos entes sujeitos[236]. A segunda vertente constitui o denominado controle político, cuja atribuição precípua pertence ao Congresso Nacional, que o exerce com o auxílio do Tribunal de Contas (artigo 71 da Constituição Federal). No exercício da atividade política de controle, ficam submetidos ao controle do Poder Legislativo toda e qualquer atividade financeira, operacional e patrimonial da União, assim como a definição e a execução dos planos nacional, regionais e setoriais de desenvolvimento[237]. Compete ao

---

[235] Para compilação das etapas e apreciação da tramitação do orçamento ver Sanches (1993)

[236] Constituição Federal: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

[237] Constituição Federal: Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que

Congresso Nacional apreciar as contas do Presidente da República e os atos do Poder Executivo (artigo 49, IX e X da Constituição Federal), consubstanciando o controle político, materializado no acompanhamento e verificação da pertinência entre a ação governamental e os planos e projetos aprovados pelo sistema político de tomada de decisões, observados os mandamentos da Constituição Federal.

O processo de tomada de decisões pelo sistema político envolve a atuação conjugada do Executivo e do Legislativo na formulação de planos e programas, observados os objetivos eleitos pela população a partir da opção realizada no processo político partidário, em consonância e subordinação aos ditames da Constituição. O planejamento, embora não seja equivalente, mas se exterioriza parcialmente com as normas do sistema orçamentário. As opções evidenciadas no Plano Plurianual e desenvolvidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias e, posteriormente no Orçamento Anual são fiscalizadas pelo poder de controle do congresso nacional que poderá verificar a pertinência da ação do Executivo, chegando à possibilidade da responsabilização política nos termos do artigo 85, VI da Constituição Federal. Em suma, apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo aponta para uma avaliação integrada da execução das leis orçamentárias (Lei do Plano Plurianual, Lei das Diretrizes Orçamentárias e Lei do Orçamento Anual), bem como do planejamento estatal subjacente ao conjunto do ordenamento jurídico brasileiro. (PONTES; PEDERIVA, 2004, p.8)

Por derradeiro, vale registrar que a atividade de controle externo também pode ser provocada pela sociedade civil, seja pelos cidadãos, individualmente ou por meio de suas organizações[238], cabendo citar, consoante a classificação de Pontes & Pederiva (2004) :

> a) a legitimidade conferida aos cidadãos para denunciar, ao competente Tribunal de Contas, ilegalidades ou irregularidades cometidas na gestão pública (CF/1988, art. 74, § 2º); (b) o direito de

---

resultar sua criação. § 2º - às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

[238] A respeito do modo de controle social realizado pelos cidadãos e por suas organizações representativas na sociedade civil ver Siraque(2005).

> exame e apreciação das contas anuais dos municípios, podendo questionar-lhes a legitimidade (CF/1988, art. 31, § 3º, da Constituição), e de consultar e apreciar as contas apresentadas pelos Chefes do Poder Executivo de todas as esferas, conforme previsto na LRF (art. 49, caput); (c) a prerrogativa de apresentar petições, reclamações, representações e queixas contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas às Comissões do Congresso Nacional ou das suas Casas (CF/1988, art. 58, IV); (d) o direito de demandar a atuação do Ministério Público junto aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública, para que se promovam as medidas necessárias ao cumprimento dos direitos assegurados na Constituição aos cidadãos (CF/1988, art. 129, II); (e) a prerrogativa de propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (CF/1988, art. 5º, LXXIII).”

A capacidade do Parlamento em fiscalizar e controlar a atividade do Poder executivo representa um importante item de nosso processo democrático, permitindo a formação da vontade popular pela atuação conjunta dos órgãos cuja formação resulta da manifestação desta vontade e de seu controle permanente. A materialização da vontade popular pela adoção de plano e programas permite ao Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas e da população, viabilizar o acompanhamento e a correspondência da ação governamental com os objetivos traçados na programação, sendo tal procedimento tarefa vital para o aperfeiçoamento do processo democrático de gestão governamental.

4 A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE JUDICIAL DA NORMA ORÇAMENTÁRIA

4.1 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E SUA GARANTIA

A Constituição é a baliza fundamental de qualquer Estado. Define as responsabilidades e direitos dos cidadãos e fixa a orientação normativa para o futuro, sendo inegável sua preponderância no sistema normativo. Não poderá ser admitida norma ou conduta que viole ou negue validade à disposição constitucional, o que é fato para todos dentro de um ordenamento jurídico específico.

Evidente que esta posição de preponderância decorre de movimento histórico bem definido, com a superação da vontade real ou imperial como fonte de direito, substituído por um dogma de controle fundado na vontade popular (Declaração de Direitos de 1789[239]), buscando erradicar a possibilidade da violação do direito individual pelo Estado. A lei é medida da estipulação dos direitos e obrigações dos cidadãos e da Administração Pública. Tal concepção nasce da ruptura com o sistema anterior à Revolução Francesa, havendo uma dissociação entre a figura do Administrador e a do elaborador das leis, com a submissão do administrador à vontade da lei.

Para garantir a preponderância da lei constitucional foi necessário o estabelecimento de um mecanismo de preservação do texto constitucional e, ao mesmo tempo, de verificação da compatibilidade das normas em função dele, que é, como vimos, pressuposto de validade dentro de específico ordenamento jurídico. Não existe, a rigor, supremacia da Constituição sem a realização de controle de constitucionalidade.

---

[239] Ver nota nº 17

4.2 O SURGIMENTO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A idéia de se atribuir às Cortes de Justiça a guarda da Constituição encontra, efetivamente, sua primeira manifestação histórica na prática constitucional dos Estados Unidos da América[240]. De fato, há referência a esta possibilidade nas discussões que precederam a Constituinte Americana, tendo sido assim expresso por Alexander Hamilton:

> Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrário à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto de que de tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.
>
> Não há posição que se apóie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo, que aqueles que agem em razão de delegações de poderes estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo, o que eles proíbem" (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 577)

Contudo, nada neste sentido foi previsto na nascente Constituição Americana. O reconhecimento desta possibilidade foi construído pela jurisprudência da Corte Suprema, justamente pela ausência de preceito expresso na Constituição, tendo sido enunciada, em caráter definitivo, no famoso caso Marbury v. Madison[241], pelo

---

[240] A respeito das origens da doutrina americana de controle de constitucionalidade, remontando ao conflito entre o arbítrio do Rei e do Parlamento contra a *common law* e determinada incompatibilidade afirmada entre o puritanismo e a noção de supremacia do Parlamento veja-se Marcello Cerqueira (2006, p.67-68)

[241] Decisão proferida em 1803 e transcrita de "Decisões Históricas da Côrte Suprema", (Swisher). A respeito de tema cumpre observar a interessante analise dos pressupostos políticos da decisão neste caso e no próprio

Juiz Marshall[242], o qual efetivamente, conduziu a Suprema Corte Americana a um patamar inaudito. É dele o raciocínio:

> Se o ato legislativo, inconciliável com a Constituição, é nulo, ligará ele, não obstante a sua invalidade, os tribunais, obrigando-os a executarem-no? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsidiará como preceito operativo, tal qual se o fosse? Seria subverter de fato o que em teoria se estabeleceu; e o absurdo é tal, logo à primeira vista, que poderíamos abster-se nos de insistir.
>
> Examinemo-lo, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do Poder Judiciário em declarar a lei. Mas os que lhe adaptam as prescrições aos casos particulares, hão de, forçosamente, explaná-la e interpretá-la. Se duas leis se contrariam, aos tribunais incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e aplicando-se à espécie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal tenha de resolver a lide em conformidade com a lei, desatendendo à Constituição, ou de acordo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitável será elegerem, dentre os dois preceitos opostos, o que dominará o assunto. Isto é da essência do dever judicial.
>
> Se, pois, os tribunais não devem perder de vista a Constituição, e se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Destarte, os que impugnaram o princípio de que a Constituição se deve considerar, em juízo, como lei predominante, hão de ser reduzidos à necessidade de sustentar que os tribunais devem cerrar os olhos à Constituição, e enxergar a lei só. Tal doutrina aludiria os fundamentos de todas as Constituições escritas. E equivaleria a estabelecer que um ato de todo inválido segundo os princípios e a teoria do nosso Governo, e, contudo, inteiramente obrigatório na realidade. Equivaleria a estabelecer que, se a legislatura praticar o ato que lhe está explicitamente vedado, o ato, não obstante a proibição expressa, será praticamente eficaz. (RODRIGUES, 1958)

A decisão proferida pela Suprema Corte americana inaugura o controle judicial de constitucionalidade das leis e abre caminho para afirmar a supremacia da Constituição até mesmo contra o órgão parlamentar. Pelo teor da decisão são três os fundamentos que servem de justificação ao controle judicial de

---

processo de formação da Suprema Corte feita por Leda Boechat Rodrigues (1958). Esta obra realça a influência da concepção política dos membros da Corte como parte da disputa travada entre “jeffersonianos” e federalistas

[242] John Marshall (1755-1835) foi Secretário de Estado na presidência de John Adams e por ele nomeado para a presidência da Suprema Corte dos Estados Unidos, cargo que ocupou por 35 anos. Para maiores referências ver Adhemar Ferreira Maciel (2006).

constitucionalidade. a) Supremacia da Constituição: "..a Constituição é superior a qualquer ato ordinário do Poder Legislativo, a Constituição e não a lei ordinária, há de reger o caso..."; b) Nulidade da lei que contrarie a Constituição, como consequência da primeira premissa: "Um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo" e c) A competência atribuída ao Poder Judiciário de ser o intérprete final da Constituição. Se a lei estiver em oposição à Constituição a Corte terá de determinar qual dessas normas conflitantes regerá a hipótese. E se a Constituição é superior a qualquer ato ordinário emanado do Legislativo, a Constituição, e não o ato ordinário, deve reger o caso ao quais ambos se aplicam. (RODRIGUES, 1958)

4.2.1 A evolução do sistema brasileiro

A origem do sistema de controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras é tributária desta original experiência americana.

Antes do advento da República, a Constituição do Império Brasileiro atribuía ao Legislativo a tarefa de velar pela guarda da Constituição. De fato, o regime imperial não adotava a doutrina da repartição de poderes[243], com a edição de mecanismos de interdependência, do qual o controle de constitucionalidade é uma importante ferramenta. O mecanismo de equilíbrio dos poderes era realizado pela atuação do Poder Moderador[244], inicialmente titularizado pelo Imperador e posteriormente pelo Presidente do Conselho de Ministros, com a capacidade de

---

[243] Conforme Marcello Cerqueira (2006, p. 403)

[244] Constituição de 1824. Artigo 98. "O Poder Moderador é a chave de toda a organisação Politica, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos." Marcello Cerqueira (401/404) sustenta este princípio da Constituição Imperial seria uma versão desfigurada da doutrina de Benjamim Constant, que considerava a coexistência do poder monárquico com a responsabilidade dos ministros do gabinete, de modo que o rei pudesse se colocar acima dos fatos, dotado de um poder neutro, entre os ministros do gabinete e o Parlamento, como inserido na Constituição Francesa de 1814. Veja referência anterior sobre o poder moderador nas notas 59 e 66.

suspender as decisões dos Conselhos Provinciais (artigos 86 e 87) e negar eficácias às leis aprovadas pela Assembleia Geral até a aprovação imperial.

O controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário foi introduzido em nosso ordenamento ainda no regime da Constituição Imperial de 1824, embora nada mais tivéssemos de Império com a proclamação da República em 15 de novembro de 1889. Refiro-me ao Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890 que organizou a Justiça Federal[245], que previu caber à magistratura federal a guarda e aplicação da Constituição, consagrando o sistema de controle de constitucionalidade realizado sob a forma de incidente em processo ordinário ou especial. A Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da Justiça Federal, clarificou a possibilidade quando expressamente admitiu o controle difuso da constitucionalidade, permitindo aos juízes e tribunais apreciarem a validade das leis e regulamentos, deixando de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente incompatíveis com as leis e a Constituição[246].

A primeira Constituição Republicana – a de 1891 – embora não atribuísse diretamente ao Poder Judiciário o poder de afastar a aplicação das leis quando em conflito com dispositivos constitucionais, indiretamente o fazia quando atribuía à Justiça Federal a competência para apreciar as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal e ao Supremo

---

[245] Decreto nº 848 de 11 de outubro de 1890: "Organiza a Justiça Federal. O Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça, resolve decretar a lei seguinte: [...] Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação de parte." E mais adiante: "Artigo 9º, Paragrapho único. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados: [..] b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto; c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, á validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula." A respeito da introdução do controle de constitucionalidade em nossa realidade legal e a evolução histórica do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, veja-se o texto de Antonio Maués e Fernando Scaff (A proteção dos Direitos Fundamentais em um sistema misto de Justiça Constitucional).

[246] Lei n° 221 de 30 de novembro de 1894: "Artigo. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição."

Tribunal Federal a competência para apreciar recursos em que se discutisse a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição[247]. Todavia a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deu interpretação ampliativa à disposição, afirma caber ao Poder Judiciário, em todos os seus graus, o poder de controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos, nos casos concretos sujeitos à sua apreciação. A vinculação ao caso concreto e o foco como "*iter"* para a obtenção do bem da vida perseguido, está na raiz da doutrina que concebeu o instituto. Rui Barbosa concebia que a inconstitucionalidade não era o alvo da ação, mas apenas o "subsídio à justificação do direito, cuja reivindicação se discute", devendo ser pleiteada em ação não específica, ou seja, em ação em que se discuta a aplicação das normas em concreto (Barbosa). A reforma constitucional de 1926 fez alterar as disposições dos artigos 59 e 60, com a seguinte redação, no que concerne ao controle de constitucionalidade:

> Aos juízes e tribunais federais, processar e julgar:
>
> a) As causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal;
>
> b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo."
>
> "§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:
>
> a) quando se contestar sobre a vigência ou a validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhes negar aplicação;

---

[247] Constituição de 1891: "Artigo 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas." "Artigo 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal; b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;" Destaque para o recurso de ofício destas decisões ao STF, com a expressão: "...haverá recurso..."

> b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” (grifos nossos)

Observe-se a diferença do texto emendado em relação à disposição original da Constituição de 1891. Nota-se que esta emenda serviu para tornar evidente a possibilidade do exercício do controle de constitucionalidade das leis federais em face à Constituição, permitindo aos Estados a verificação da validade constitucional das leis federais, o que não estava explícito na disposição anterior.

A Constituição de 1934 criou: a representação de inconstitucionalidade para fins de intervenção, cuja legitimidade ativa foi atribuída ao Procurador-Geral da República; a reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade pelos Tribunais (declaração pelo voto da maioria absoluta de seus membros)[248]; e a competência do Senado Federal para suspender a aplicação da lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário. As inserções visavam:

> a) evitar a declaração de inconstitucionalidade com uma maioria estreita, de sorte a proteger o texto constitucional contra as variações da jurisprudência, obtendo uma uniformidade das decisões de um mesmo tribunal relativa à validade constitucional de determinada norma;
>
> b) conferir generalidade às decisões do STF que reconheciam a inconstitucionalidade de lei, mediante a atribuição ao Senado da competência para proceder à suspensão de lei, ato ou deliberação considerados inconstitucionais pelo Poder Judiciário[249].

---

[248] Constituição de 1934: Art. 179 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

[249]Constituição de 1934: Art. 91 - Compete ao Senado Federal: [...[IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. Para o STF havia uma disposição específica a seguir transcrita: Art. 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

É de notar que o dispositivo não exigia a declaração da inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mas abrangia os órgãos deste Poder investidos da jurisdição constitucional, emprestando eficácia geral para as decisões que reconheçam a incompatibilidade constitucional de lei, ato, deliberação ou regulamento. Esta inovação é considerada efetivamente inovadora em nossa tradição de controle de constitucionalidade, representando uma evolução do modelo. A importância desta alteração é destacada pela nossa doutrina constitucional como um marco dentro de nosso sistema de controle de constitucionalidade. Exemplificativamente, veja-se a manifestação do Ministro Paulo Brossard, realizada ao proferir voto em julgamento no STF:

> ...em 1934 foi introduzida importante alteração, ao permitir-se a possibilidade de generalizar, de transformar, *erga omnes*, o que era decisão *in casu*, válida por conseguinte aos litigantes, quando a Constituição daquele ano conferiu ao Senado Federal competência para suspender a eficácia de lei, declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Foi o primeiro passo dado no sentido de ir além do sistema clássico, do sistema histórico e modelado nos Estados Unidos da América, não por MARSHALL, mas ao qual MARSHALL deu contribuição extraordinária.[250]

Outra inovação digna de nota foi a necessidade de deliberação do Supremo Tribunal Federal[251] para a execução de lei que declare a intervenção da União em Estado-Membro ao fundamento da ocorrência de violação aos princípios constitucionais de observância obrigatória para os Estados, quais sejam:

> a) forma republicana representativa;
>
> b) independência e coordenação de poderes;
>
> c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato;

---

[250] Trecho do voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard, a quando do julgamento da ADC nº 01, de relatoria do Ministro Moreira Alves. Julgamento realizado em 27 de outubro de 1993. Destacando a inovação, considerando o dispositivo uma espécie de veto judicial à lei, ver Pontes de Miranda (p. 462 tomo II)

[251] Constituição de 1934: Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras "*a"* a "*h"*, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais. [...] § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.

> d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais;
>
> f) prestação de contas da Administração;
>
> g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la;
>
> h) representação das profissões. Este condicionante submetia ao STF a apreciação constitucional da lei de intervenção, que apenas poderia ser executada mediante seu *placet*, realizando assim modalidade de controle de constitucionalidade por via de ação direta. Destaco o viés especialmente jurídico da apreciação do STF da constitucionalidade da legislação interventiva em virtude da disposição específica do artigo 68 daquele texto que excluía da apreciação do Poder Judiciário as questões puramente políticas.

Esta forma de controle de constitucionalidade foi mantida até a Constituição de 1937, de autoritária concepção, cuja contribuição original foi permitir que a lei considerada inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal fosse validada por deliberação do Parlamento, observado quorum qualificado. Obtida a aprovação pelo Parlamento, a deliberação do Tribunal, no sentido da inconstitucionalidade da norma, ficaria sem efeito[252]. De fato, bastaria este dispositivo para caracterizar o regime constitucional do Estado Novo, pois fica evidente a concentração dos Poderes do Estado nas mãos do Presidente da República. Inegavelmente investido da função típica de administração; possuidor da aptidão de legislar, pois o órgão legislativo da União nunca chegou a entrar em funcionamento[253] e protegido contra qualquer decisão do STF que declarasse a

---

[252] Constituição de 1937: “Artigo. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” Note-se o conteúdo amplo das expressões:”bem-estar do povo” e “interesse nacional de alta monta”, completamente indefinidos, possibilitando o amplo uso desta disposição passa a suspender qualquer decisão do STF em matéria de controle de constitucionalidade.

[253] Constituição de 1937: “Artigo 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187.” “Artigo 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.” “Artigo 186 - É declarado em todo o Pais o estado de emergência.” Artigo 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República.

inconstitucionalidade de uma norma, bastando um decreto-lei presidencial para restabelecer o texto atingido pela decisão judicial, em uma evocação longínqua ao sistema de "justice rétenue"[254]. A autoridade do Presidente da República era suprema e protegida contra qualquer interferência advinda dos demais Poderes do Estado[255]. Este discutível sistema foi superado com a redemocratização e revogado com a Emenda Constitucional n.º 18 de 11 de dezembro de 1945.

A Carta Constitucional de 1946 retomou a tradição das Constituições de 1891 e 1934 em sede de controle de constitucionalidade. Coube, novamente, ao Senado Federal a atribuição de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto considerado inconstitucional por decisão do Supremo Tribunal Federal. Para a realização de intervenção federal nos Estados-Membros por inobservância de princípios constitucionais, exigiu-se que o Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador Geral da República, declarasse a inconstitucionalidade do ato estadual atacado, podendo a intervenção se limitar à suspensão desse ato, caso a medida fosse bastante para o restabelecimento da normalidade constitucional[256]. Os princípios constitucionais cuja violação daria ensejo à intervenção federal eram:

> a) forma republicana representativa;
>
> b) independência e harmonia dos Poderes;
>
> c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
>
> d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato;
>
> e) autonomia municipal;

---

[254] Poder do Rei absolutista de desconstituir ou modificar qualquer decisão judicial.

[255] Poder-se-ia questionar, até mesmo, a existência de "poderes" na acepção real da palavra.

[256] Constituição de 1946: "Artigo 8º - A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior". "Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção." E ainda "Artigo 13 - Nos casos do art. 7º, nº VII, observado o disposto no art. 8º, parágrafo único, o Congresso Nacional se limitará a suspender a execução do ato arguido de inconstitucionalidade, se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade no Estado."

f) prestação de contas da Administração e

g) garantias do Poder Judiciário.

4.2.2 A introdução do sistema de controle abstrato no ordenamento brasileiro

Percebe-se que, inspirada no modelo americano, a Constituição de 1891 adotou o modelo difuso de controle de constitucionalidade das leis, que foi mantido e desenvolvido até a derradeira fase da Constituição de 1946[257].

Ainda sob o regime da Constituição de 1946, a reforma do Poder Judiciário, realizada pela Emenda Constitucional n.º 16 de 26 de novembro de 1965, introduziu a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual, por iniciativa do Procurador Geral da República, dentre as atribuições do Supremo Tribunal Federal, criando o controle de constitucionalidade em abstrato de ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, em caráter concentrado, sem prejuízo do controle difuso.[258]

---

[257] Sobre a matéria ver Veloso (1999); Silva (2009) e Tavares (2008). Para uma apreciação das origens e peculiaridades dos modelos de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, com um detalhamento interessante dos processos de exclusão da norma inconstitucional ver Mendes & Martins (2009). Destaco que, nesta obra, Gilmar Mendes defende uma aproximação entre os sistemas de controle americano e europeu, considerando que: "A despeito das diferenças notórias entre os sistemas difuso e concentrado e da diversidade das inspirações filosóficas que lhes dão base, afugura-se cada vez mais inequívoco que os modelos americano e europeu apresentam hoje mais afinidades do que se poderia imaginar ..." (27). Uma importante apreciação da evolução de nosso controle de constitucionalidade e, especialmente, a questão relativa à articulação entre o controle difuso e concentrado, é realizada por Maués e Scaff (2005).

[258] A explicação estaria no incremento da competência da União, com aumento do poder do governo central sobre os estados, possibilitando a criação de um mecanismo de controle do exercício das competências das Assembleias Legislativas Estaduais, como uma característica do regime instaurado a partir do golpe militar de 1964, conforme sustenta Maués e Scaff (2005, p. 20). Em sentido contrário, considerando que a introdução da ação direta constituiu um desenvolvimento da ação de representação, de criação pretoriana, a partir de 1947, está a manifestação de Paulo Brossard, no voto proferido no julgamento da ADC nº 01, perante o STF, realizado em 27 de outubro de 1993. Vale lembrar que a ação de representação decorreu da aplicação do artigo 8º, § único combinado com o artigo 7º, VII da CF de 1946 (ver nota nº 256), em que a intervenção federal nos Estados dependia da declaração de inconstitucionalidade do ato estadual violador dos princípios constitucionais previstos no citado artigo 7º, VII. Sobre a ação de representação ver Gilmar Ferreira Mendes (Controle Concentrado de Constitucionalidade). Ver também o voto proferido pelo Ministro Castro Nunes perante o STF no julgamento da Representação nº 94. Decisão proferida em 17 de julho de 1946, com a seguinte ementa: "Questões preliminares: Declaração de inconstitucionalidade em tese - Decisão, e não parecer - Que atos abrange - Só alcança a matéria que puder ser relacionada com algum dos princípios enumerados em o nº VII do art.7º da

A introdução do controle abstrato da constitucionalidade das leis rompeu com nossa tradição e introduziu o modelo europeu de verificação da compatibilidade constitucional, que é explicado pela trajetória histórica do continente europeu. De fato, durante o período da monarquia absolutista, o modelo processual obrigava os juízes ao procedimento de submissão de dúvidas quanto à correta aplicação de texto normativo a um órgão superior, preferentemente de natureza antes política do que judicial. Na França, este órgão consultivo era o próprio monarca, que atuava na qualidade de guardião e derradeiro intérprete da lei.[259] A revolução burguesa substituiu a figura do monarca pelo Parlamento, representante do povo – titular da soberania. A proeminência da lei em relação à possibilidade de controle pelo Judiciário era absoluta, sendo certo mesmo considerar que não seria possível afirmar a existência de um Judiciário como Poder do estado, constituindo um órgão de natureza auxiliar[260] às funções do Poder Legislativo, este sim autêntico e efetivo poder estatal, como representante direto do povo. Como ensina Kelsen (2007)

> Enquanto o executivo e a autoridade judiciária exerciam suas atribuições na forma e com os poderes de funcionários que agem a serviço da nação, a Assembleia de deputados, concebida como o órgão que "quer pela nação", se tornava a representação mesma desta última e adquiria, a esse título, a posse da soberania nacional com os poderes daí decorrentes. E é por isso que a declaração de 1789 formulava em termos penetrantes quando, no artigo 6º, a propósito da lei oriunda das decisões do legislador, dizia que é 'expressão da vontade geral' (Constituição 1793, artigo 4º da Declaração dos Direitos; Constituição do ano III, artigo 6º da Declaração dos Direitos); e na sequência precisava e reforçava o alcance desta definição especificando que 'através dos seus representantes todos os cidadãos 'exercem ' o direito de participar de sua formação'. Era como dizer que, no corpo legislativo, no momento da elaboração das leis está presente o próprio povo ou a totalidade dos cidadãos.

Constituição - Como deve ser entendida essa limitação – Decisão executável mediante a sanção política da intervenção - Caráter excepcional da nova atribuição confiada ao Supremo Tribunal"

[259] Conforme Sérgio Sérvulo da Cunha em introdução à edição brasileira da obra "Jurisdição Constitucional" de Hans Kelsen (2007).

[260] Pelos termos da Lei de 27 de novembro – 1º de dezembro de 1790 o Tribunal de Cassação se caracterizava como auxiliar e satélite da Assembleia Legislativa (kELSEN, 2007, p. 198)

A forma como foi construído o modelo de controle de constitucionalidade adaptado ao desenvolvimento histórico específico da Europa partiu da necessidade de se atribuir a único órgão competente a tarefa de anular atos inconstitucionais, como corolário fundamental para assegurar a obrigatoriedade do texto da Constituição. Este órgão, concebido com a finalidade única de efetuar o controle, está situado em posição especial dentro da estrutura do Estado, a saber, fora da estrutura do Poder Judiciário e composto por elementos recrutados, pelo menos parcialmente, da sociedade civil, por tempo certo e determinado. A propositura deu-se na Constituição Austríaca de 1920, a partir da formulação de Kelsen (2007), tendo-se expandido para diversos países europeus (Itália, Alemanha, e Espanha).

No Brasil, vemos que a introdução do modelo de controle abstrato de normas tem base em inovações introduzidas em dois textos constitucionais: 1934 e 1946 (este último em data posterior ao golpe militar de 1964). O primeiro com a criação da representação interventiva[261] e o segundo a própria criação do controle abstrato de normas, a partir de sua introdução no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965[262]. Ambos os textos constitucionais resultaram de processo de ruptura. Primeiro como resultante da Revolução de 1930, caracterizada por um misto de um liberalismo insuspeito com uma tendência de forte centralização e aumento das atribuições do Poder Executivo, aliado a um desejo de regular todas as instâncias do corpo social (BONAVIDES ; ANDRADE, 1991, p. 320). O segundo marcado pelo golpe militar de 1964, em que a tendência centralizadora se ampliou, com restrição a autonomia dos Estados-Membros e reforço da posição do Poder Executivo (BONAVIDES; ANDRADE, p. 442). Curiosamente, nestes momentos temos a definição do nosso modelo de controle abstrato de normas e a capacidade conferida ao STF de proclamar a invalidade em tese da norma federal e estadual,

---

[261] Ver nota nº 251

[262] Alterando o artigo 101 da Constituição de 1946 nos termos seguintes: “k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.” A redação da Constituição de 1967 em seu artigo 114 estava assim vazada: “l) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;” O texto foi alterado pela Emenda Constitucional nº 7, de 1977, nos termos a seguir: “l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;”

retirando-a do ordenamento jurídico, independentemente do caso em concreto, mediante representação oferecida pelo Procurador Geral da República[263].

Contudo, o controle abstrato de normas preenchia uma função meramente supletiva e complementar do sistema de controle difuso (MENDES, 1996 ; MARTINS,2009) . Seu objetivo era permitir a verificação direta da compatibilidade constitucional das leis e dos atos normativos com a Constituição, resolvendo a questão da harmonia constitucional com efeitos amplos e minorando o problema decorrente da multiplicidade e da diversidade das decisões judiciais sobre a norma questionada. A Constituição Federal de 1967 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, ou seja, em caráter concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, contra a lei em abstrato, com abrangência geral e em regime difuso, realizado pelos juízes e Tribunais, nos casos concretos que lhe fossem apresentados, com eficácia limitada às partes dos respectivos processos. A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 admitiu o controle de constitucionalidade de lei municipal, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado-Membro respectivo, em face das disposições da Constituição Estadual.

4.2.3 O sistema de controle de constitucionalidade na constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, asseverando caber ao Supremo Tribunal Federal "precipuamente, a guarda da Constituição" – art. 102, “caput”. A palavra final sobre a constitucionalidade da lei, submetida ao Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário, continuou sendo daquela Corte, com comunicação da

[263] Até então único legitimado para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Vale relembrar que o Procurador Geral da República era cargo político, de livre designação pelo Presidente da República, conforme Emenda Constitucional nº 01/1969: “Artigo. 95. O Ministério Público federal tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada”

decisão de inconstitucionalidade ao Senado Federal para que este suspenda sua execução no todo ou em parte.

No controle concentrado de constitucionalidade foi ampliada a relação das pessoas com legitimidade para ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nos termos do artigo 103 da atual Carta Constitucional. Foram criadas as figuras processuais da ação de Inconstitucionalidade por omissão[264] e do mandado de injunção. A primeira, de controle concentrado, visa a tornar efetiva qualquer norma constitucional, caso em que, declarada a inconstitucionalidade pelo STF, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, a providência deverá ser tomada no prazo de trinta dias. O enunciado constitucional que disciplina o Mandado de Injunção[265] afirma que este será concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, com as mesmas consequências da Ação de Inconstitucionalidade, sendo certo que, nos casos em que a omissão favorecer o próprio Estado, caberá a fixação de prazo para a regulamentação, sob pena de o direito, liberdade ou prerrogativa serem aplicados sem as restrições que a legislação regulamentadora poderia vir a criar[266]. A forma como está estruturado na

---

[264] Regulamentado pela Lei nº 12063/2009 que alterou a lei nº 9868/1999, com destaque para a possibilidade de concessão de medida cautelar em ação de inconstitucionalidade por omissão.

[265] A respeito da disciplina do Mandado de Injunção, veja-se a disposição do artigo 24 da Lei nº 8038/1990 que determina a aplicação, no que couber, das disposições relativas ao mandado de segurança a este tipo de ação;

[266] Veja-se a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. A partir do decidido no MI nº 107/DF, publicado no DJU de 21 de setembro de 1990, que traz em sua ementa o seguinte trecho, equivalendo o Mando de Injunção a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, negando-lhe a efetiva implementação: "Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. - em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, e ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício esta inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe de ciência dessa declaração, para que adote as providencias necessárias, a semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par-2., da carta magna) (...) " Ministro Moreira Alves. Segue-se a decisão proferida em 2007 no MI nº 72, que ultrapassa a decisão anterior e defere o mandado para proceder a regulamentação de forma individualizada, com a seguinte ementa: MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA -

TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91." Ministro Marco Aurélio. Finalmente, a derradeira posição do STF defere o mandado para proceder a regulamentação em sede abstrata, conforme espelha a ementa da decisão proferida no MI nº 712, a seguir transcrita: "EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2O DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que fa ltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para

Constituição enquadra-o como instrumento de controle difuso de constitucionalidade[267].

É de observar que a pluralidade de autores legitimados[268] nos processos de controle concentrado de constitucionalidade e a própria ampliação do rol de tipos de ações possíveis modificou sobremaneira a relação existente em relação dos tipos de controle difuso/concentrado. Vimos que a introdução do regime de controle concentrado não importou em uma alteração significativa da preponderância quanto à modalidade de controle. O controle difuso persistiu amplo e o modelo concentrado assumiu uma feição meramente subsidiária. Nosso sistema de controle de constitucionalidade persistiu misto e com preponderância do controle difuso. A Constituição de 1988 provocou uma alteração deste panorama, elevando consideravelmente o manejo de ações de controle concentrado e o próprio prestígio da atuação da Corte na apreciação da arguição da constitucionalidade em abstrato.

Posteriormente ao advento da Constituição de 1988, foi acrescida ao sistema a possibilidade do uso da Ação Direta de Constitucionalidade, introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 3/1993, que realiza o juízo prévio de validez da norma questionada em face da Constituição Federal, com

---

remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil." Ministro Eros Grau.

[267] Constituição de 1988. Artigo 5º, "LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;" Artigo 102. "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:" [...] "q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;" II – "julgar, em recurso ordinário: a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;" Art. 105. "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;" Artigo 121,[...] § 4º - "Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:" [...] V – "denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção."

[268] Constituição de 1988: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (redação vigente do artigo 103)

efeitos vinculantes aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, cabendo o controle apenas para normas provenientes da União[269].

No ano de 1999 foram editadas as Leis n.º 9.868 e 9.882. A primeira dispõe sobre o processo e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, regulando seus procedimentos perante o Supremo Tribunal Federal. A segunda, dispõe sobre o processo e o julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental. A Lei n.º 9.868/99[270] passou a regular o procedimento de julgamento das ADINs e das ADCs perante o STF, retirando do Regimento Interno do STF o tratamento da matéria. Nesta lei, três pontos merecem especial destaque[271]. O primeiro diz respeito à possibilidade de deferimento de medida cautelar *inaudita altera pars* em casos de excepcional urgência, com possibilidade de emprestar efeitos *ex tunc* a decisão. A segunda inovação diz respeito à possibilidade[272] do STF, pelo quorum especial de dois terços de seus ministros, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, nas ações respectivas, ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado por aquela Corte. O terceiro ponto diz respeito à atribuição de efeito vinculante às declarações de constitucionalidade, de inconstitucionalidade, à interpretação conforme a Constituição e à declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Some-se a estas relevantes modificações a ampliação dos entes legitimados para propositura da ação, abrangendo a Mesa da Câmara Legislativa e o Governador do Distrito Federal, para além da enumeração do artigo 103 da

---

[269] O rol dos legitimados para a propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade foi ampliado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 passando a abranger todas as entidades do artigo 103. Aquando de sua criação, pela EC nº 3, os legitimados eram: a) Presidente da República, b) Mesa do Senado Federal, c) Mesa da Câmara dos Deputados e d) Procurador-Geral da República. Destaco o estudo realizado por Maués e Scaff (2005, p. 38-49) quanto à criação da ADC e à instituição do efeito vinculante.

[270] A Ação de Inconstitucionalidade por Omissão passou a ser regulada por esta norma, conforme alteração levada a cabo pela Lei nº 12063/2009.

[271] Conforme classificação realizada por Maués e Scaff (2005, p. 49).

[272] Lei nº 9869/99: Art. 27. “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

Constituição Federal. Esta ampliação era de duvidosa constitucionalidade, pelo menos, até a vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 que pacificou a questão, modificando a redação do artigo 103 de sorte a incluir dentre os legitimados para ADC e ADI o Governador do Distrito Federal e a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

A norma do artigo 27 da Lei nº 9869/1999 em tudo se assemelha à disposição prevista na lei que regula o processamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental[273]. Reza esta norma que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental e, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Trata-se de importante inovação, permitindo ao STF, conforme o caso, fixar o "termo legal" de validade de uma lei declarada inconstitucional. Esta autorização legal está em dissonância com a majoritária doutrina constitucional, segundo a qual a lei inconstitucional nunca teve validade, já que editada ao arrepio da Constituição[274]. Merece especial destaque a regulamentação do artigo 102, § 1º da Constituição Federal, com a previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental como mecanismo capaz de completar as hipóteses de cabimento e possibilidades de atuação do STF no manejo do controle concentrado de normas. Antes da edição desta norma, nosso sistema de controle abstrato possuía duas importantes lacunas, que limitavam a aplicação plena da modalidade de controle abstrato de constitucionalidade

---

[273] Lei nº 9882/99: Art. 11. "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

[274] Exemplificativamente ver a posição de Maximiliano (1954); Veloso (1999, p. 201); Gilmar Mendes (p.252-256) ; José Afonso da Silva (p. 54-55). Acima de todos, pois referenciado amplamente como precursor da teoria - Rui Barbosa (1893, p.49)

A primeira lacuna versava sobre a possibilidade de controle abstrato das normas jurídicas anteriores à Constituição. Em relação a este tipo de normas, a jurisprudência do STF pacificou-se no sentido do descabimento do controle concentrado, pois não mais se poderia falar de norma jurídica válida, na medida em que, tratando-se de norma anterior à Constituição e com ela incompatível, com a vigência da Carta Magna, a norma questionada estaria revogada e sobre norma revogada não existe a possibilidade de incidência de controle abstrato[275]. A segunda lacuna no controle abstrato dizia respeito à possibilidade de verificação da compatibilidade da lei municipal em face da Constituição Federal. A dicção do artigo 102 da Constituição limita a atuação do STF na apreciação da Ação Direta de Constitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pelo que será apenas possível a fiscalização da compatibilidade das normas estatuais e federais perante a Constituição Federal. Ora, o texto constitucional[276] permite a realização do controle concentrado de norma municipal, porém esta possibilidade estava restrita ao manejo da Constituição Estadual respectiva como elemento de contraste, cabendo a apreciação desta demanda ao Tribunal de Justiça dos Estados. Ou seja, pelo texto constitucional não é possível o uso de ADI para verificar a pertinência constitucional das normas municipais em face da Constituição Federal pelo STF.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF tem o objetivo manifesto de suprir estas duas lacunas e tornar plena a possibilidade de controle concentrado. A utilização da ADPF é marcada pelo princípio da subsidiariedade, consoante dicção de seu artigo 4º, § 1º.[277]. Assim a utilização da

---

[275] Neste sentido ver a lição de Kelsen: “A anulação de uma norma inconstitucional pela jurisdição constitucional – ainda se trata aqui principalmente das normas gerais – a rigor só é necessária quando ela é mais recente que a Constituição. Porque, tratando-se de uma lei anterior à Constituição e em contradição com ela, esta a derroga, em virtude do princípio da *Lex posterior*; portanto parece supérfluo e até logicamente impossível anulá-la isso significa que tribunais e autoridades administrativas, salvo limitações desse poder pelo direito positivo, deverão verificar a existência de uma contradição entre a Constituição mais recente e a lei mais antiga, e decidir de acordo com o resultado de seu exame...” (KELSEN, 2007, p. 162-163).

[276] Constituição de 1988: Art. 125. “Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

[277] Lei nº 9882/99: Art. 4º “A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for

ADPF apenas será admitida se não houver qualquer outro meio eficaz para afastar a lesão que a via processual pretende combater[278]. O legislador constituinte e o ordinário não foram claros em estabelecer o objeto da ação, referindo-se à violação de preceito fundamental da Constituição[279] ou à existência de relevante controvérsia constitucional. O conteúdo de preceito fundamental da Constituição não está delimitado, deixando margem a interpretações ampliativas ou restritivas de seu alcance, o que levará o debate pertinente à consideração do STF a cada caso formulado, ampliando o grau de discricionariedade daquela Corte na intervenção em controle concentrado, inclusive sobre matéria em debate judicializado[280]. Em conclusão, a inserção da ADPF em nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade significa a ampliação quantitativa e qualitativa desta apreciação pelo STF[281] e reforça tendência já verificada em elevar a abrangência desta modalidade de apreciação.

---

inepta. § 1o Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."

[278] Parece certo que a menção a eficácia de meio diz respeito aos efeitos amplos e definitivos do controle concentrado de constitucionalidade. Não quer dizer que o cabimento de recurso ou acesso ao controle difuso inviabilize a ação, mas sim que a ação será cabível quando não houver outro meio de combater a lesão pelos mecanismos outros do controle concentrado de constitucionalidade. (MENDES; MARTINS, 2009, p. 115-117).

[279] Lei nº 9882/99: "Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;"

[280] O destaque refere-se à possibilidade da decisão liminar em ADPF suspender a tramitação de ações que tenham por objeto a controvérsia posta no controle concentrado, nos termos a seguir: "Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental. [...] § 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada." É de observar que a ADI nº 2231 que questiona a validade do artigo acima transcrito está com sua tramitação pendente de apreciação pelo Plenário com pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence (aposentado em agosto de 2007), sendo até a presente data relator do feito o Ministro Menezes Direito (falecido em 1º de setembro de 2009).

[281] Para observar a amplitude da possibilidade do uso da ADPF veja-se a exemplificativa decisão proferida na ADI a seguir: "ADPF 33 / PA – PARÁ. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 07/12/2005. Publicação DJ 27-10-2006. EMENTA: 1. Argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4o , CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de amicus curiae mesmo após terem sido prestadas as informações 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual,

Esta amplitude, combinada com uma relativa presteza na apreciação das ações de controle concentrado e com a própria atuação do tribunal admitindo uma quantidade maior de ações, somada com a possibilidade de suspensão imediata do ato normativo questionado, levou à ampliação de seu manejo. Veja-se no quadro abaixo, a evolução numérica da autuação/distribuição de ações de controle concentrado:

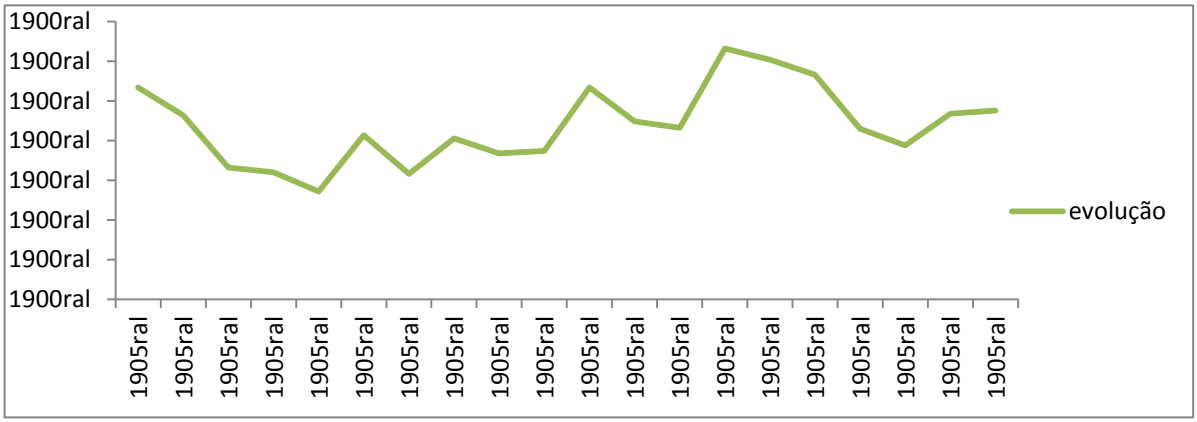

Figura 1 : ADI autuadas por ano fonte STF

---

vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como argüição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou a to normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4o ,§1o, da Lei no 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal."

É de notar um decréscimo sensível a partir de 1991 e uma lenta recuperação, atingindo o ápice em 2003. Esta elevação e posterior estabilização parece decorrer do amadurecimento pela aplicação das inovações das Leis n.º 9.868 e 9.882/99, não havendo impacto decisivo pela introdução da ADPF como instrumento de controle abstrato. Todavia, temos uma tendência à estabilidade na apreciação das ações de controle concentrado.

Claro que esta evolução não deixou de ser acompanhada pela modificação do sistema de controle difuso de constitucionalidade. Nesta modalidade de controle vemos o surgimento das Leis nº 8038/90 e 9756/98, ampliando os poderes do relator no acolhimento ou não do recurso, sendo possível, por esta última, o provimento do recurso por decisão monocrática, quando a matéria já estivesse pacificada no tribunal. Também aperfeiçoando o método difuso de controle de constitucionalidade temos a emergência da Lei nº 10259/2001 que regula o processamento do recurso extraordinário ao STF, com a possibilidade do encaminhamento de alguns à Corte Superior e da retenção de recursos idênticos, com a possibilidade mesmo de suspensão da tramitação de processos que versem sobre idêntica questão constitucional[282]. Esta norma inova na concepção do recurso extraordinário e supera a estreita concepção de expectativa de efeito da decisão entre as partes litigantes para ampliar seu alcance, de sorte a atingir processos idênticos e ainda em tramitação, independentemente de sua fase processual[283], aproximando os sistemas de controle concreto e abstrato, pelo menos quanto ao limite da decisão proferida pelo STF. Por derradeiro, temos a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004 que introduziu em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de edição de súmula vinculante[284].

---

[282] A disciplina destina-se à apreciação dos processos em grau de recurso ao Superior Tribunal de Justiça, porém com aplicabilidade estendida ao recurso extraordinário, passível de apreciação pelo Supremo Tribunal federal, como se verifica no artigo. 15, a seguir transcrito: “O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4º a 9º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.”

[283] Ressalvada evidentemente a coisa julgada.

[284] Constituição Federal. Artigo 103-A. “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais

A criação do instituto da súmula vinculante tem por finalidade estabelecer para o controle difuso o mesmo grau de vinculação às decisões do STF já existentes para o controle concentrado (MAUÉS; SCAFF, 2005, p. 51), prevendo a vinculação de todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública em qualquer de suas esferas da Federação ao seu conteúdo, com a possibilidade do uso da Reclamação Constitucional para cassar ato administrativo ou decisão judicial que a contrariar, independentemente do manejo da via recursal típica. Neste sentido é completamente diversa do processo de criação de súmulas, iniciado no STF pelo Ministro Victor Nunes Leal[285]. Esse mecanismo é perfeitamente adequado para o sentido da uniformização das decisões judiciais em matéria constitucional, permitindo a desejada previsibilidade na solução da lide posta em debate no Poder Judiciário.

O mecanismo irá propiciar uma desejada uniformização em matéria constitucional, impedindo que a matéria sumulada seja decidida de modo diferente por qualquer outro órgão do Poder Judiciário, além de uniformizar o procedimento da Administração Pública em qualquer dos seus níveis e esferas. Desta forma, constitui-se em instrumento de controle ideológico e de estratificação do processo criador do direito, conferindo-lhe uma força cogente que nem a lei e nem a própria Constituição, discutidas e elaboradas pelo Poder Legislativo e pelo Poder

---

órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

[285] A respeito da criação das súmulas no STF veja-se: (V. N. Leal, A renovação de métodos do Supremo Tribunal Federal e a súmula de sua jurisprudência predominante). Relativamente à distinção posta entre as súmulas tradicionais do STF e as súmulas vinculantes, é de destacar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes (relator) na Reclamação nº 3979-0, julgada em 03 de maio de 2006: “Conforme salientei em juízo monocrático, não se confundem as figuras das súmulas "ordinárias" (tradicionais), disciplinadas desde há mais de 40 (quarenta) anos no RISTF (atualmente, arts. 7º, VII, e 102-103, especialmente) e voltadas a consolidar a jurisprudência da Corte e facilitar a remissão aos seus principais entendimentos consagrados, e das "súmulas vinculantes", introduzidas em nosso ordenamento constitucional pela EC nº 45/04 (disciplinadas no vigente art. 103-A da Lei Maior) e destinadas a vincular (compulsoriamente) o entendimento jurídico e a sua execução material, na Administração Pública (direta e indireta) e nos demais órgãos do Poder Judiciário (ou seja, todos os órgãos à exceção do próprio STF), à exegese que em matéria constitucional proferir e assim decidir classificar esta Corte.”

Constituinte Originário, possuem. Esses textos normativos são passíveis de interpretação consoante os usos e costumes, os princípios gerais do direito e a jurisprudência, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, enquanto que a súmula vinculante deve ser aplicada nos termos de sua produção. A pena em caso de descumprimento é a anulação do ato administrativo ou a cassação do ato judicial, conforme o caso, pela via da Reclamação, cabendo ao órgão emissor da súmula – o Supremo Tribunal Federal, decidir sobre sua aplicabilidade. O instituto está regulamentado pela Lei nº 11417/206, com aplicação subsidiária do Regimento Interno do STF (art. 10 da Lei nº 11417/2006), tendo sido editadas[286] 31 desta modalidade especial de súmula.

Por derradeiro temos a tratar do instituto da repercussão geral[287]. A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988[288], por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, tendo por finalidade permitir ao STF a seleção das ações em Recursos Extraordinários que irá analisar. A seleção observará critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica,

---

[286] Até maio de 2010.

[287] Alteração do Código de processo Civil realizado pela Lei nº 11418/2006: "Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. § 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário. § 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão." "Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

[288] Artigo 103 § 3º "No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros."

sendo certo que o uso desses filtros resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Presente a repercussão geral, a questão de mérito será apreciada pela Corte, com a aplicação desta decisão aos julgamentos perante as instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, sendo recusada a apreciação do Recurso Extraordinário por oito votos. O prazo para votação dos ministros, após o voto do relator a respeito da existência de repercussão geral, é de vinte dias, sendo certo que as abstenções não são computadas para o quorum especial de recusa à apreciação do recurso.

Contudo, apesar destas inovações compartilhamos a opinião de Mendes e Martins (2009, p. 117) quando observa o esgotamento do modelo do recurso extraordinário e a validade única da decisão proferida no caso em concreto, pois tal meio não mais parece capaz de resolver a controvérsia constitucional de forma "geral, definitiva e imediata". Observe-se a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence na decisão proferida na ADC-QO nº 1, de relatoria do Ministro Moreira Alves, lançada nos termos seguintes:

> Senhor Presidente, esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro – não apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo – mas, sim de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.
>
> Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforma; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à

> demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito."[289]

Este é o panorama do controle de constitucionalidade das leis no ordenamento jurídico brasileiro, havendo uma tendência moderna no sentido de fortalecer o regime concentrado de controle, favorecendo a posição do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir da ampliação da legitimidade para a propositura da ação direta, da criação da ação declaratória de constitucionalidade e da regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ampliando o espectro do controle direto de constitucionalidade e, concomitantemente, buscando realizar uma vinculação objetiva às suas decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, o que se viabilizou a partir da série de reformas na legislação constitucional e infraconstitucional, exemplificada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que implementou, além de outras importantes alterações do perfil do Poder Judiciário, a vinculação das decisões pela existência da Súmula Vinculante.

Este arcabouço legislativo ampliativo da atribuição e dos meios postos à disposição do STF para a realização da adequação das normas do ordenamento à matriz constitucional tem encontrado um Tribunal cauteloso, porém receptivo ao novo papel que se enuncia, viabilizando um protagonismo que é em tudo diferente da tradicional atuação do STF na aplicação da Constituição. A forma como está sua atuação tem-se viabilizado, em matéria de controle do orçamento público e de sua aplicação, mercê das possibilidades existentes, será objeto de nossa reflexão nas páginas que se seguem.

---

[289] Trecho de voto do Ministro Sepúlveda Pertence na apreciação da Questão de Ordem na ADC nº 01 – fls. 37 do acórdão. Julgado em 27 de outubro de 1993, com a seguinte composição do STF: Octavio Gallotti (presidente); Moreira Alves (relator); Néri da Silveira, Sydney Sanches; Paulo Brossard; Sepúlveda Pertence; Celso de Mello; Carlos Velloso; Marco Aurélio; Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

4.3 O CONTROLE DAS NORMAS DO SISTEMA ORÇAMENTÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O objeto do presente tópico é observar o modo como o Supremo Tribunal Federal tem enfrentado a questão relativa à apreciação judicial do conjunto de leis que formam o sistema orçamentário, procurando demonstrar a evolução da compreensão de nosso tribunal sobre a matéria e os pressupostos adotados nas seguidas decisões, evoluindo de persistente alheamento até a possibilidade reconhecida de uma modalidade de controle da constitucionalidade da legislação do orçamento em face da Constituição Federal.

É claro que, em uma apreciação desta natureza, não se pode deixar de ressaltar que não estamos falando da apreciação de um conjunto normativo em face de similar situação, observada a singela mudança das eras. Apesar de a maior parte do estudo se concentrar no regramento de orçamento da Constituição de 1988 e, especialmente no modelo de controle de constitucionalidade trazido por esta Constituição, vamos observar decisões de outro tempo, refletindo o modo especial como o STF concebia o direito e a sociedade. Neste sentido é a advertência de antigo componente da Corte - Ministro Paulo Brossard:

> ...Compreendo que a disposição possa acarretar determinados problemas, porque não ignoro, como foi aqui lembrado, que os Tribunais também mudam; aliás, alguém já definiu a jurisprudência como o registro das variações dos Tribunais talvez alguém que não fosse muito simpático a estes. O fato é que as mudanças, as mutações, as transformações da jurisprudência tanto resultam da alteração das condições sociais e políticas da Nação como da própria evolução e aperfeiçoamento da ciência jurídica. Quantas decisões historicamente consagradas no campo do direito civil, que é o mais antigo dos distritos jurídicos e, por isso mesmo, o mais aperfeiçoado, quantas e quantas mudanças jurisprudenciais não se têm operado e em países de alta cultura e ilustração; e, também, no direito constitucional, até diria especialmente no direito constitucional; o caso DRED SCOTT terá sido a causa detonadora da Guerra da Secessão; a decisão da Suprema Corte repetir-se-ia dez anos depois, vinte, trinta? No entanto foi uma decisão. A Suprema Corte dos Estados Unidos já declarou inconstitucional o imposto de renda, está fazendo mais ou menos cem anos. A chamada Corte de ROOSEVELT imprimiu à jurisprudência uma linha rejeitada, até a

> véspera, por cinco a quatro. De modo que isso pode ocorrer? Pode ocorrer. Aqui entre nós, quantas e quantas questões tiveram uma interpretação num certo momento e depois foram abandonadas, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal? De modo que isto é uma questão que é inerente aos tribunais. Não temos outros tribunais que não sejam compostos por homens e temos que nos sujeitar a essas circunstâncias, a essas fraquezas que, creio, derivam do pecado original."[290]

Mesmo o STF deve ser estudado a partir desta perspectiva. Além do lapso temporal entre as decisões e da mudança do marco conceitual a respeito do controle de constitucionalidade, vemos que a composição do colegiado mudou ao longo desta apreciação. Não apenas em relação aos nomes, o que seria inevitável, mas, sobremaneira, relativamente ao perfil e ao modo de aplicar a Constituição.

É possível afirmar que a posição do STF em relação às conflituosas relações em uma sociedade, abandona a posição tradicional de alguma maneira confortável, de espectador interessado, para um protagonismo cujo alcance estamos a discutir[291]. A comprovação desta modalidade de atuação está na consideração pertinente à possibilidade da realização de controle judicial sobre a legislação do orçamento e seus aspectos, evidenciando a possibilidade do surgimento de conflitos intersubjetivos decorrentes da aplicação desta modalidade de legislação, regulando a atuação do Estado em relação à sociedade.

Para tanto, este item foi dividido em três subitens correspondentes à evolução da jurisprudência utilizando um critério cronológico. O primeiro versa sobre a jurisprudência anterior à vigência da Carta Constitucional de 1988 e busca traçar uma ligação entre o pensamento do STF e a construção de um entendimento a respeito da sindicabilidade da norma integrante do sistema orçamentário e da própria atuação do Poder Público na aplicação deste tipo especial de norma jurídica perante a Constituição; o segundo abordará a visão do STF sobre a matéria até dezembro de 2003, observando a mudança da composição da Corte a partir de 1988

---

[290] Trecho do voto proferido no julgamento da ADC nº 01, julgamento realizado em 27 de outubro de 1993.

[291] Para tanto ver: Marcelo Paiva dos Santos. A História não contada do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: S. A. Fabris , 2009 e Antonio Umberto de Souza Júnior. O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas. Porto Alegre:Síntese, 2004.

e a influência da nova Constituição na alteração da jurisprudência até então consagrada; no terceiro momento será analisada a jurisprudência que se forma a partir de janeiro de 2004 até o presente, que reflete a atual composição do STF, com pontual alteração[292]. Desta forma, busca-se uma apreciação da evolução dos julgados em comparação com a formação da Casa, observando o período das respectivas nomeações.

Os Ministros que integram atualmente o STF tomaram posse nas seguintes datas: José Celso de Mello Filho - 17 ago. 1989; Marco Aurélio Mendes de Farias Mello - 13 jun. 1990; Ellen Gracie Northfleet - 14 dez. 2000; Gilmar Ferreira Mendes - 20 jun. 2002; Joaquim Benedito Barbosa Gomes - 25 jun. 2003; Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto - 25 jun. 2003; Antônio Cezar Peluso - 25 jun. 2003; Eros Roberto Grau - 30 jun. 2004; Enrique Ricardo Lewandowski - 16 mar. 2006; Cármen Lúcia Antunes Rocha - 21 jun. 2006; José Antonio Dias Toffoli - 23 out. 2009. Assim, a eleição do terceiro período, considerando como termo inicial janeiro de 2004, visa refletir a posição atual da Casa, em comparação com os julgados anteriores, considerando que de uma composição de onze ministros, nada menos que sete foram nomeados em data igual ou posterior a 25 de junho de 2003, indicados por um único Presidente da República – Luiz Inácio Lula da Silva.

4.3.1 Decisões anteriores a outubro de 1988

4.3.1.1 A formação da jurisprudência e a recusa ao controle judicial

Os primórdios da atuação do STF em matéria de orçamento foram marcados por excessiva contenção. É possível principiar este estudo a partir da decisão tomada no Habeas Corpus nº 3443 de 25 de outubro de 1913. Neste processo foi

[292] Refiro-me à substituição do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, falecido em 1º de setembro de 2009, pelo Ministro José Antonio Dias Toffoli, que tomou posse em 23 de outubro do mesmo ano.

apreciada a tipificação penal do ato de distribuir ou vender bilhetes de loteria ou rifa não autorizada. A Lei Orçamentária nº 2351, de 30 de dezembro de 1910, revogando o artigo 367 do Código Penal e o artigo 3º da Lei nº 628, de 28 de outubro de 1899, havia fixado para este tipo de delito a pena de dois a seis meses de prisão e multa de 500$ a 2000$, constando dos autos que o paciente fora preso por conduta praticada posteriormente a revogação da lei tipificadora, substituída pela lei orçamentária posterior. A decisão do STF foi no sentido de reconhecer a irregularidade da inserção deste tipo de norma na lei orçamentária, porém considerou que esta irregularidade não dava azo à ação do Poder Judiciário na invalidação desta norma, tendo em vista a natureza da lei orçamentária[293]. Assim, mesmo que irregular a inserção de norma de natureza penal em lei do orçamento, a invalidação em período posterior a sua vigência não seria possível pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seguida foi apreciado o Agravo de petição nº 1835, em 29 de janeiro de 1915, em que foram partes, como agravante, a Fazenda Federal e como agravado, La Banque Française et Italienne. Tratava-se, na origem, de ação de exibição de livros comerciais pretendida pela Fazenda com a finalidade de demonstrar a ocorrência de fraude praticada no recolhimento do imposto do selo. Esta ação foi considerada improcedente perante a instância originária[294], ao fundamento de que a exibição de livros comerciais apenas seria possível nas hipóteses previstas no artigo 18 do Código Comercial, com a exceção prevista no artigo 23, § 2º da Lei nº 641/1899 que tratava dos impostos de consumo, o que não seria o caso dos autos. A decisão foi recorrida ao STF que, apreciando a matéria, reformou a decisão

---

[293] Habeas Corpus nº 3343: "A inserção, embora irregular de disposições de caracter permanente em leis orçamentárias, não é motivo bastante para que sejam ellas declaradas inapplicaveis pelo poder judiciario, terminado o prazo para a vigencia da mesma lei. O meio regular para promover a nullidade do processo baseada na irregularidade da busca e apprehensão e na suspeição das testemunhas, é o ordinário e não o extraordinário de habeas –corpus." A decisão foi proferida com a seguinte composição: Guimarães Natal (relator), Pedro Mibieli, Pedro Lessa, Sebastião de Lacerda, Manoel Murtinho, Amaro Cavalcanti, Enéas Galvão, Oliveira Ribeiro, Canuto Saraiva e Herminio do Espírito Santo (Presidente). Vemos que a inclusão de matéria que extrapole o limite material da norma orçamentária era considerada política habitual e combatida durante o período da Primeira República, quando a iniciativa exclusiva do Executivo na propositura da norma não estava clara. A matéria apenas foi pacificada com a inclusão, na Reforma Constitucional de 1926, de dispositivo que consagrou o princípio da exclusividade. Para ver mais temos Torres (2008) e Baleeiro (2004, p.44).

[294] Decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara do Distrito Federal em 19 de outubro de 1914.

recorrida, considerando que a pretendida exibição estava prevista no artigo 47 do Regulamento do Selo, havendo amparo para a pretendida exibição. Desta forma, STF considerou que a previsão de exibição, constante no regulamento do imposto do selo, fora albergada pela lei do orçamento nº 2719 de 31 de dezembro de 1912, que lhe emprestou força de lei, afastando o argumento da exorbitância do regulamento[295]. A matéria da validade da lei do orçamento para esta disciplina foi trazida em embargos, sendo este o trecho pertinente da decisão proferida nos embargos:

> Considerando que, não procede o argumento que, sendo essa lei numero 2.7I9, orçamentaria, e, como tal, annua, não póde estender seus effeitos além do periodo de sua duração porquanto, segundo a jurisprudencia administrativa desde o tempo do Imperio e a judiciaria seguida por este Tribunal, em uma lei orçamentaria se incluem disposições de caracter permanente, o que póde não ser regular, mas é consagrado pela pratica;[296]

Nesta decisão, a jurisprudência do STF parece validar no caso concreto, mas não aceitar, a noção de orçamento advinda da doutrina francesa de Duguit, considerando que a lei orçamentária não poderia conter matéria extravagante, porém, se abstém de pronunciar a nulidade da disposição, tendo em vista seu amplo uso.

A jurisprudência evoluiu para considerar a obrigatoriedade do respeito ao princípio da anualidade do orçamento, pelo que uma disposição de conteúdo

---

[295] A íntegra da ementa está assim redigida: "A União Federal tem o direito de pedir a exibição judicial dos livros commerciaes de um banco, quando o exigir a fiscalização do imposto do sello. A especie é regida pelo art. 47 da regulamento do sello, annexo ao dec. n. 3.564, de 22 de janeiro de 1900. O art. 64 da lei orçamentaría, n. 2.719, de 31 de dezembro de 1912, imprimiu ao citado art. 47 força de lei. Nos demais casos, que não seja esse caso especial. a exhibição integral dos livros commerciaes é uma excepção ao principio geral de sigillo e inviolabilidade, e, como tal, sómente é autorizada nos restrictos casos, expressos no art. 18 do Codigo Commercial. Em uma lei orçamentaria podem se incluir disposições de caracter permanente, o que pode não ser regular, mas é consagrado pela pratica". Decisão proferida em 11 de novembro de 1914 com a seguinte composição: André Cavalcanti (presidente interino), Manoel Murtinho (relator), Amaro Cavalcanti, Canuto Saraiva, Leoni Ramos, Coelho e Campos, Pedro Mibieli, Enéas Galvão, Guimarães Natal, Pedro Lessa e Oliveira Ribeiro (vencido).

[296] Embargos julgados e rejeitados em 29 de janeiro de 1915 com a seguinte composição do STF: Herminio do Espírito Santo (Presidente) Manoel Murtinho (relator), Enéas Galvão, Pedro Mibieli, Godofredo Cunha, André Cavalcanti, Leoni Ramos, Canuto Saraiva, Pedro Lessa, Guimarães Natal e Sebastião de Lacerda. O Procurador Geral da República era Muniz Barreto.

permanente deveria ser revalidada anualmente, para que pudesse vigorar para além do exercício financeiro de sua vigência.[297]

Não é possível deixar de registrar que ambas as decisões anteriores não tratam de norma materialmente orçamentária, mas sim de “caudas orçamentárias”, ou seja, matérias estranhas à legislação do orçamento, porém incluídas nas disposições da lei ânua por decisão política a quando da elaboração da lei do orçamento. Sua remissão possui a utilidade de evidenciar a recusa do STF em apreciar o conteúdo da norma do orçamento, mesmo quando a matéria nela disciplinada não possui relação com o conteúdo material do orçamento público.

Apenas para exemplificar a linha adotada pela jurisprudência do STF, vale comentar decisão proferida sob a égide da Constituição de 1946, consubstanciada no Recurso Extraordinário nº 34581. As partes deste processo eram, como recorrente, a União Federal e, como recorrido, a Escola de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro e era discutido o ato do Ministro da Educação de reduzir o valor dos recursos que a autora deveria receber, do montante de Cr$ 1.000.000,00, constante do orçamento, para Cr$ 500.000,00, ao fundamento de ordem econômico-financeira. A ação foi considerada parcialmente procedente em primeira instância, com apelação de ambos ao extinto Tribunal Federal de Recursos. Naquela Corte, a apelação da União foi desprovida e provido o apelo da Escola, com relatoria do Ministro Aguiar Dias, cujo voto foi sufragado pela unanimidade dos ministros daquela casa, consubstanciado no resumo seguinte:

> Dou provimento para mandar pagar o restante da subvenção. Alega-se em contrário, que o orçamento é lei apenas no sentido formal. Realmente, é lei no sentido formal. Mas há obrigação do órgão que inclui a verba no orçamento de pagar a respectiva verba, até porque não seria permitido, seria até crime distrair a verba para outro fim senão aquele consignado no orçamento. De modo que, a menos, que houvesse um motivo assemelhado à calamidade publica que determinasse restrição geral de verbas e cortes no orçamento – situação anormal a que todos teriam que se curvar, - não é possível a pessoa de direito público dar menos do que aquilo que foi consignado no orçamento, livremente, sem qualquer obrigação

[297] A respeito da jurisprudência tradicional e sua evolução ver Silva (1940 apud COELHO , 1952) .

> anterior, principalmente quando se trata de subvenções que ela deu porque quis. Dando espontaneamente uma subvenção, obriga-se para com a pessoa a quem corresponda essa subvenção. Constitui direito a favor da parte no orçamento, e não pode, precisamente, porque, à sombra desta confiança na administração, naturalmente as entidades escolares (como a autora, que é uma escola de medicina e cirurgia) fazem despesas, empenham-se encargos, faltar, depois disso, ao que estipula. Dou provimento, excluindo em qualquer caso honorários de advogado.

A questão foi então submetida à apreciação do STF em apelo da União. A decisão da Primeira Turma proveu o recurso, considerando improcedente o pedido inicial com o fundamento do caráter meramente formal da lei do orçamento e a possibilidade ampla do Executivo de proceder a sua execução. Observe-se o voto do relator, seguido pela unanimidade da Turma julgadora:

> O orçamento, como uma aprovação previa da receita e das despesas publicas, é uma lei formal. É um plano de governo, proposto pelo Executivo, Como diz Aliomar Baleeiro, é em face das necessidades e medidas planejadas para satisfazê-las, que os representantes concedem ou não, autorização para a cobrança de impostos pelas varias leis anteriormente existentes (Limitações constitucionais ao poder de tributar, p. 15).
>
> Assim, é uma lei de características ‘sui generis’, pela qual a Administração fica autorizada a cobrar impostos e a fazer várias e determinadas despesas. Portanto é uma lei autorizativa. Pode-se dizer, pondo-se à margem a interessante e larga discussão sobre o assunto, que ela não é só lei formal, mas que ela estabelece aquilo que pode ou não pode fazer o Governo em sua gestão financeira. Assim, no plano administrativo, diante da autorização orçamentária, pode o Governo deixar de aplicar esta ou aquela verba, uma vez que assim o exijam os superiores interesses da administração. Por isso, Hauriou ensina: “Le buget est l’acte par lequel sont prévues et autorisées les recettes et les dépenses des administrations publiques” (Droit Administratif, p. 898).
>
> O simples fato de ser incluída na verba de auxílio a esta ou a aquela instituição, não cria, de pronto, direito a este auxílio, que depende da apreciação do governo, porque o ato do Executivo tem em vista, o que visa também o orçamento – a ordenação da vida financeira do Estado.”

Esta decisão[298] cristaliza a jurisprudência do STF e serve de fundamento para decisões posteriores, considerando a preponderância da atuação da Administração Pública na conformação da execução orçamentária e a impossibilidade de acionar o Poder Judiciário para a correção do ato administrativo praticado em descompasso com a lei do orçamento.

Já no regime da Constituição de 1967/69, vemos que o STF persistia em uma posição contemplativa quanto ao processo orçamentário. Esta afirmativa é sustentada, em caráter exemplificativo, pela decisão proferida na Ação Rescisória nº 929 – Paraná, julgada em 25 de fevereiro de 1976, que concluiu pela impossibilidade de revisão judicial do ato de execução do orçamento, tendo em vista a impossibilidade de gerar direito subjetivo ao querelante. Esta decisão expressamente se harmoniza com a decisão tradicional da Corte sobre matéria orçamentária, sendo representativa da jurisprudência do STF.

Nesta ação em particular discutia-se a revisão de decisão proferida em que foi reconhecida a falta de obrigatoriedade do Poder Público em executar previsão orçamentária, pois esta matéria persiste sob o resguardo da Administração. Tratava-se de lei estadual nº 603 de 27 de janeiro de 1951, criadora de uma Fundação denominada “Casa do Trabalhador”, com previsão expressa nesta legislação de obrigação do Estado de fornecer os recursos financeiros para sua manutenção. No decreto que implementou o preceito, restou prevista a alocação periódica de verba necessária à sua manutenção. Descumprida a lei, pelo inadimplemento das verbas estabelecidas no orçamento do Estado, buscou-se a tutela jurisdicional, concedida nas instâncias ordinárias.

O Estado do Paraná valeu-se do recurso extraordinário, cabendo a apreciação pela Primeira Turma do STF, com relatoria do Ministro Oswaldo

---

[298] Recurso Extraordinário nº 34.581 – Distrito Federal. Primeira Turma: “Conceito de lei orçamentária. O simples fato de ser incluída uma verba de auxílio, no orçamento, que depende de apreciação do govêrno, não cria direito a seu recebimento.” Julgamento ocorrido em 10 de outubro de 1957, com a presença deste Ministros: Barros Barreto (presidente), Candido Mota Filho (relator), Ary Franco, Nelson Hungria e Luiz Gallotti.

Trigueiro[299], que proferiu decisão provendo o recurso para considerar a autora carecedora da ação ao argumento considerando que o orçamento é uma previsão de despesa, não gerando direito subjetivo a ser assegurado por via judicial. A ação rescisória pretendia a desconstituição do julgado e sua substituição sob o argumento da literal violação à disposição de lei, no caso a lei estadual instituidora.

O STF julgou improcedente a ação rescisória[300] afirmando que não ocorreu a violação literal à lei, pois a legislação do orçamento meramente autoriza a despesa cuja efetivação fica sob o prudente arbítrio do Poder Executivo, como encarregado de zelar pelos superiores interesses da Administração. Em conclusão, reafirmou o original entendimento da inexistência de direito subjetivo a obter os meios de seu custeio, inobstante a existência de lei determinando o dispêndio, com ampla referência à precedente do STF. O voto do relator demonstrou uma vinculação com determinada concepção de legislação do orçamento que a equipara a lei de conteúdo apenas formal, conforme é possível ver por trecho de seu voto:

> Nem é argumento de maior peso o de que a Lei 603 declarou ficar, o Estado, obrigado a consignar, em todos os orçamentos, verbas não inferiores a quinhentos mil cruzeiros velhos à fundação. O dispositivo de lei ordinária nem encerava o poder de coagir os legisladores, de futuro, nem limitava o critério do Executivo, quanto ao atendimento da autorização orçamentária. De tal lei, à evidência, não nascem direitos subjetivos à obtenção de subvenções ou verbas, a favor da autora, a ser satisfeito em subsequentes orçamentos do Estado."

Curiosamente, o parecer do Ministério Público naquela ação considerou este ordenamento um não-ordenamento, mas sim uma estipulação de conteúdo moral e não compete ao Poder Judiciário transformá-lo em condenação.

---

[299] A citação na Ação Rescisória quanto ao julgado rescindendo é a decisão proferida em recurso Extraordinário nº 75908, com a seguinte ementa: "Orçamento. A previsão de despesa, em lei orçamentária, não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial. Carência de ação. Recurso conhecido e provido".

[300] "Orçamento. - Verbas destinadas a instituição assistencial. - A previsão de despesa em lei orçamentária não gera direito subjetivo a ser assegurado por via judicial. Ação rescisória improcedente." Ação Rescisória julgada em 25 de fevereiro de 1976 com a seguinte composição do STF: Ministro Djaci Falcão (presidente), Eloy da Rocha, Thompson Flores, Bilac Pinto, Antonio Neder, Xavier de Albuquerque, Rodrigues Alckmin (relator), Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Cunha Peixoto

.

4.3.2 Decisões proferidas de 1988 até dezembro de 2003

4.3.2.1 A definição da jurisprudência e a recusa ao controle abstrato das leis formais

Já sob a égide do novo ordenamento constitucional foi julgada a ADI nº 647-9-Distrito Federal[301], em que era discutida a validade de disposição que autorizava o Poder Executivo a transferir o acervo da Fazenda Experimental do Café, em Varginha (MG), e do Programa Nacional de Melhoramento da Cana-de-Açúcar para a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária; bem como era objeto de questionamento a norma que determina a incorporação ao patrimônio da União dos bens imóveis das autarquias e das fundações extintas pela Lei nº 8029/90 referidas na mesma lei, os quais não tenham sido transferidos às entidades que as absorvem ou sucedem. A arguição de inconstitucionalidade, pretendida pela Confederação Nacional de Agricultura, fundava-se na existência de direito adquirido, ante a dicção do artigo 33 da Lei nº 1779/52.

A decisão, proferida pela unanimidade dos membros presente ao julgamento, manteve a orientação atinente à impossibilidade do exercício de controle de constitucionalidade de atos jurídicos de efeitos concretos, considerando a dicotomia

---

[301]Tribunal Pleno, julgado em 18 de dezembro de 1991, com a seguinte ementa: "Ação direta de inconstitucionalidade. Argüição de inconstitucionalidade parcial dos artigos 79 e Lei 8.029/90, bem como dos incisos 111 e IV do artigo 2º do Decreto 99240/90. Medida liminar requerida. - A ação direta de inconstitucionalidade é o meio pelo qual se procede, por intermédio do Poder Judiciário, ao controle da constitucionalidade das normas jurídicas in abstrato. Não se presta ela, portanto, ao controle da constitucionalidade de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato. - No caso, tanto o artigo 7º como o artigo 9º da Lei 8.029 são leis meramente formais, pois, em verdade, têm por objeto atos administrativos concretos.- Por outro lado, no tocante aos incisos III e IV do artigo 2º do Decreto 99240, de 7 de maio de 1990,são eles de natureza regulamentar - disciplinam a competência dos inventariantes que promoverão os atos de extinção das autarquias e fundações declarados extintos por esse mesmo Decreto com base na autorização da Lei 8.029, de 12 de abril de 1990, não sendo assim, segundo a firme jurisprudência desta Corte, susceptíveis de ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida." A composição do Tribunal na época do julgamento era a seguinte: Ministro Sydney Sanches (presidente); Moreira Alves (relator), Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Ilmar Galvão.

existente entre lei meramente formais[302], consubstanciando atos administrativos e leis dotadas de abstração. Desta forma, as normas jurídicas que disciplinam objeto determinado e com destinatários especificados não possuem a generalidade que as capacita a sofrer a incidência do controle abstrato de constitucionalidade, pois este é unicamente destinado a realizar a verificação da pertinência do conflito constitucional em abstrato. Desta forma a posição do relator considerou que estas normas têm por objeto atos administrativos concretos, assim seu conteúdo não encerra normas que disciplinem relações jurídicas em abstrato.

Todavia, vale destacar que o STF, neste julgamento, não enfrenta a questão atinente da natureza jurídica das leis orçamentárias, limitando-se a discutir a possibilidade da existência de leis meramente formais e sua verificação de constitucionalidade. A decisão, contrária ao exame, resulta de assentada jurisprudência da Corte, como menciona voto convergente do Ministro Celso de Mello, a seguir transcrito:

> Leis formais, cujo conteúdo veicule atos materialmente administrativos, não se expõem, porque destituídas de qualquer coeficiente de normatividade, à jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta. Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, exclusivamente, atos normativos federais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade. Esta Corte já proclamou, em algumas oportunidades - e sem maiores disceptações - a impropriedade da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada com o objetivo de impugnar atos do Poder Público que se revelem despojados de qualquer conteúdo normativo (RTJ 108/505 - 119/65).[303]

---

[302] No sentido da impossibilidade de se encetado controle abstrato de constitucionalidade de lei formal ver também o julgamento da ADI 643 (Relator Ministro Celso de Mello), dentre outras decisões.

[303] Os precedentes invocados no voto (RTJ 108/505 e 119/65) referem-se a duas representações utilizadas para questionar a validade de ato administrativo típico. O primeiro discutia a validade da indicação, pelo Governador do Estado, de um nome para assumir o cargo de prefeito. O segundo precedente versa sobre a validade de decreto que declarou de utilidade pública para fim de desapropriação. A decisão proferida pelo STF foi no sentido do não-conhecimento de ambas as representações, ao fundamento de tratarem de questionamento de ato concreto, desprovido de qualquer atributo de abstração, generalidade ou normatividade.

Todavia, neste mesmo julgamento é digna de destaque a posição cautelosa dos Ministros Sepúlveda Pertence e Paulo Brossard. Estes julgadores manifestaram sua posição no sentido de evitar imediato comprometimento com a tese da impossibilidade de questionamento das leis em sentido puramente formal pela via da ação direta de constitucionalidade, ressalvando a possibilidade de, no futuro, admitirem a discussão da validez constitucional deste tipo de norma, pela via do controle concentrado.

Sobre a estrita dicção das leis orçamentárias temos o julgamento do Agravo em ADI nº 203[304]. Tratava-se de Agravo em face da decisão monocrática do relator do feito – Ministro Celso de Mello que negou processamento à Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o fundamento de que o controle concentrado de constitucionalidade, tem por finalidade propiciar o julgamento, em tese, da validade de um ato estatal, de conteúdo normativo, em face da Constituição, viabilizando, assim, a defesa objetiva da ordem constitucional. Desta forma, o conteúdo normativo do ato estatal constitui pressuposto essencial do controle concentrado, cuja instauração − decorrente de adequada utilização da ação direta – tem por objetivo essa abstrata fiscalização de sua constitucionalidade. Na decisão monocrática, o relator sustentou que, no controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram- se relações processuais objetivas, visa-se, portanto, a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter

---

[304]Relator Ministro Celso de Mello, julgada em 22 de março de 1990, publicada em 02 de abril de 1990, com a seguinte ementa: “ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONGRESSIONAL A PROPOSTA ORÇAMENTÁRIA DO PODER EXECUTIVO. ATO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. A ação direta de inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na Constituição vigente, atua como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal e enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, o desempenho de típica função política ou de governo. Objeto do controle concentrado, perante o Supremo Tribunal Federal, são as leis e "os atos normativos emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal. No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. A ação direta de inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. A recusa do controle em tese da constitucionalidade de emenda congressional,consistente em mera transferência de recursos de uma dotação para outra, dentro da Proposta Orçamentária do Governo Federal, não traduz a impossibilidade de verificação de sua legitimidade pelo Poder Judiciário, sempre cabível pela via do controle incidental. Agravo regimental improvido.” Participaram do julgamento os ministros: Néri da Silveira (presidente), Moreira Alves, Aldir Passarinho, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Célio Borja, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Celso de Mello (relator).

individual ou concreto. Conclui que não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade e, por não vislumbrar tais características na lei objeto de controle de constitucionalidade, deliberou extinguir a ação.

A decisão proferida pelo relator foi questionada perante o Tribunal Pleno pela via do agravo. A discussão travada no processo dizia respeito à legitimidade constitucional de emenda parlamentar, aprovada pelo Congresso Nacional e não vetada pelo Presidente da República, através da qual foi deduzida da proposta orçamentária, a importância de NCZ$ 55.507.000,00, para pagamento da divida externa, junto ao Consórcio de Bancos estrangeiros liderados pelo Lloyds Bank International. A proposta orçamentária, encaminhada pelo Presidente da República, consignou a importância de NCZ$68.721.819,78 para o atendimento dos encargos inerentes ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização – FUNDARF, dotação esta reduzida, por força de emenda parlamentar para NCZ$ 13.214.819,78, o que, segundo os termos da petição inicial, inviabilizaria a atividade de fiscalização e controle, custeadas pela dotação original.

A decisão do Tribunal Pleno, após discorrer sobre a superioridade material e formal da Constituição, sustentou que a lei inconstitucional é uma lei nula, portanto desprovida, no plano jurídico, de qualquer validade e eficácia. Essa nulidade − fenômeno que se processa no plano da validade − é apta a inibir a eficácia derrogatória do ato inconstitucional, a inviabilizar a persistência de situações jurídicas criadas em desarmonia com a ordem constitucional e a operar a rescindibilidade de sentença, com trânsito em julgado, fundada em ato inconstitucional, consoante enumeração do Relator. O instrumento que irá assegurar esta nulidade e, por decorrência, a própria superioridade normativa da Constituição é o controle de constitucionalidade, cuja feição abstrata implica o desempenho de típica função política ou de governo.

Contudo, o controle concentrado de constitucionalidade tem por única finalidade propiciar o julgamento, em tese, da validade de um ato estatal. de conteúdo normativo, em face da Constituição, viabilizando, assim, a defesa objetiva

da ordem constitucional. Esta decisão destaca a necessidade de observar o conteúdo normativo do ato estatal que, desse modo, constitui pressuposto essencial do controle concentrado, cuja instauração − decorrente de adequada utilização da ação direta – tem por objetivo essa abstrata fiscalização de sua constitucionalidade. O pressuposto do conteúdo normativo do preceito em questionamento é a inexistência de quaisquer vinculações a situações jurídicas de caráter individual ou concreto, pelo que apenas podem ser impugnados os atos dotados de abstração generalidade[305] e impessoalidade.

Desta feita, emenda parlamentar que retira recurso do Fundo para a manutenção de atividades de fiscalização federal, destinando-o à finalidade diversa é ato em concreto, insusceptível de controle abstrato de constitucionalidade, conforme conclusão do STF. Curioso nesta decisão é que o STF não afirma a legalidade do procedimento questionado, apenas considera que a discussão não pode ser travada em sede de controle abstrato, expressamente ressalvando a possibilidade de o debate da legitimidade do ato congressual ser travado em controle difuso de constitucionalidade.

---

[305] A despeito do conteúdo de generalidade em nada tem a ver com a limitação numérica de seus destinatários. Ver a deliberação quanto à admissibilidade da ação realizada no julgamento da ADI nº 3352-MC (julgada em 02 de dezembro de 2004, publicada em 15 de abril de 2005, tendo sido relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence): "A medida provisória questionada é ato normativo susceptível de impugnação mediante ação direta de inconstitucionalidade, mesmo à luz dos pressupostos mais ortodoxos firmados a respeito pelo Tribunal, mas recentemente postos em xeque (cf. ADln 2925). Não lhe retira os caracteres de ato normativo geral e abstrato a limitação numérica, sequer a unicidade, dos destinatários dos preceitos que veicula. Calha repisar a propósito a invocação do ensinamento de Kelsen (cf. ADlnMC 1716,19.12.97, Pertence, RTJ 170/438,444), segundo a qual "O caráter individual ou geral de uma norma não depende de se a norma é dirigida a um ser humano individualmente determinado ou a várias pessoas individualmente certas ou a uma categoria de homens, ou seja, a uma maioria não individualmente, mas apenas de certas pessoas de modo geral.Também pode ter caráter geral uma norma que fixa como devida a conduta de uma pessoa individualmente designada, não apenas uma conduta única, individualmente determinada, é posta como devida, mas uma conduta dessa pessoa estabelecida em geral. Assim quando, p. ex., por uma norma moral válida - ordem dirigida a seus filhos – um pai autorizado ordena a seu filho Paul ir à igreja todos os domingos ou não mentir." Nem lhe subtrai o caráter normativo e não, de ato concreto, o breve lapso temporal de sua vigência: enquanto viger a medida provisória, suas disposições obrigarão às condutas nelas prescritas em todas as situações de fato subsumíveis à hipótese normativa de haver diamantes brutos já extraídos, em poder de membros da comunidade indígena especificada. Conheço, pois, da ação direta.' A obra de Hans Kelsen que fundamenta a decisão é a Teoria Geral das Normas () considerada como sua derradeira obra, publicada postumamente e sem a revisão do autor. A conclusão a respeito da dicotomia entre o caráter individual e geral da norma, utilizada para negar a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade em relação ao orçamento público, é contrariada expressamente em texto anterior de Kelsen (Jurisdição Constitucional), conforme será tratado a seguir.

É de notar a similitude dos julgamentos acima mencionados. Em ambos, considerou-se a inviabilidade da realização de controle abstrato de constitucionalidade sobre norma jurídica de efeito concreto, como são as normas orçamentária. Destaco que não se evidencia a impossibilidade da realização de juízo genérico de ilegalidade, restando aberta, facultativamente, a realização do controle difuso da norma. Todavia, é impossível, à luz deste entendimento, a realização de controle concentrado de constitucionalidade.

Em julgamento posterior, quando da apreciação da ADI 1716/DF[306], na mesma linha das apreciações anteriores, o STF sustentou a impossibilidade de verificação abstrata da constitucionalidade das leis orçamentárias, sob o argumento atinente a sua natureza de mera lei formal. Neste processo, movido pelo Partido Democrático Trabalhista, foi questionada a constitucionalidade da Medida Provisória nº 1600, de 11 de novembro de 1997, que dispunha sobre a utilização dos dividendos e do superávit financeiro dos fundos e de entidades da Administração Pública Federal indireta. Esta medida provisória destinou, quase ao final do exercício financeiro de 1997, as disponibilidades financeiras existentes ou esperadas da União, das suas autarquias e fundações à amortização da dívida pública federal.

O fundamento da petição inicial residia no maltrato de várias disposições constitucionais, referenciando ao artigo 167, VI ao argumento de que era realizada a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro sem a prévia e necessária autorização legislativa; ao artigo 167,

---

[306] Julgada em 19 de dezembro de 1997, publicada em 23 de março de 1998, sendo Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, com a seguinte ementa: "Medida provisória: limites materiais à sua utilização: autorizações legislativas reclamadas pela Constituição para a prática de atos políticos ou administrativos do Poder Executivo e, de modo especial, as que dizem com o orçamento da despesa e suas alterações no curso do exercício: considerações gerais. II. Ação direta de inconstitucionalidade, entretanto, inadmissível, não obstante a plausibilidade da arguição dirigida contra a Mprov 1.600/97, dado que, na jurisprudência do STF, só se consideram objeto idôneo do controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício. III. Ação de inconstitucionalidade: normas gerais e normas individuais: caracterização." Participaram do julgamento os seguintes ministros: Celso de Mello (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence (relator), Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Mauricio Corrêa e Nelson Jobim. No mesmo sentido foi a decisão proferida no julgamento da ADI nº 1496, realizado em 21 de novembro de 1996, com a seguinte composição de julgamento: Sepúlveda Pertence (presidente), Moreira Alves (relator), Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Ilmar Galvao, Francisco Rezek e Maurício Corrêa. Voltaremos a estas decisões.

VIII, pois seria utilizados, sem prévia autorização legislativa específica, recursos orçamentários para suprir déficits de empresas, fundações e fundos; além da violação ao artigo 48, I e II, pela inobservância do equilíbrio dos poderes da União, ao legislar sobre competências específicas do Congresso Nacional.

O voto do relator considerou manifesta à violação à disciplina constitucional. Sustentou que a forma como as medidas provisórias estão reguladas no texto constitucional não implica a possibilidade de sua utilização para suprir autorização legislativa que a Constituição impõe à prática de atos políticos, especialmente as que dizem respeito ao orçamento da despesa e suas alterações no curso do exercício financeiro. O relator estabelece uma comparação entre a legislação delegada e a medida provisória para concluir que as matérias que não poderiam ser objeto de delegação[307] não poderiam ser tratadas pela via da medida provisória, asseverando ainda que as manifestações típicas do poder de controle do Congresso Nacional sobre a administração e as autorizações legislativas reclamadas pela Constituição são logicamente incompatíveis com a sua antecipação por medida provisória[308].

Inobstante este reconhecimento, que revela a convicção da impertinência constitucional da Medida Provisória editada, o relator afirmou que tais atos de legislação orçamentária − sejam os de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício − são exemplos paradigmais de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal tem

---

[307] Consoante enumeração do artigo 68 da Constituição Federal que trata do limite material à legislação delegada: "Artigo 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos."

[308] Com a única ressalva da possibilidade prevista no artigo 167, § 3º da Constituição Federal que trata da abertura de créditos extraordinários. Nestes casos, o texto constitucional expresso permite o uso de medida provisória.

subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos. Veja-se determinado trecho do voto prevalente:

> Nesse sentido - que parece corresponder, na jurisprudência da Corte, à identificação do ato normativo susceptível à ação direta parece evidente que, no caso, não se tem regra de direito, necessariamente dotada de generalidade, mas norma individual plúrima, isto é, que impõe a destinatários determinados os responsáveis pelos recursos que especifica uma certa conduta individualizada e única, a necessária à efetivação, no presente exercício ou ao cabo do seu balanço patrimonial, da destinação comum que impôs a amortização da dívida pública federal às correspondentes disponibilidades financeiras.

É de notar a persistência recusa do STF de considerar a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade para proceder à defesa da Constituição em face dos próprios limites constitucionais à atuação do Poder Público, em detrimento dos instrumentos de controle dos atos administrativos e legislativo. A recusa em apreciar a matéria em sede de controle concentrado não significa a impossibilidade de acionar o Poder Judiciário por via diversa. Tal como decidido no Agravo regimental na ADI nº 203 e na apreciação da ADI nº 647-9 Distrito Federal[309], neste julgamento também foi destacada a possibilidade (e viabilidade) da efetivação de controle de constitucionalidade pela modalidade difusa. Também novamente, temos a manifestação do relator[310] no sentido da possibilidade de rever seu posicionamento a respeito do cabimento deste tipo de controle de constitucionalidade em futura apreciação.

Observe-se que a resistência do STF está na possibilidade de considerar o orçamento como espécie legislativa de conteúdo normativo, considerando-o apenas como uma modalidade de ato administrativo[311]. No seguimento a esta conclusão,

---

[309] Ver notas nº 304 e 301, respectivamente.

[310] "A ilegitimidade constitucional da edição das normas individuais de que se trata por medida provisória não se livra de eventual controle jurisdicional difuso, mas não é susceptível de controle concentrado e abstrato, no estado presente de nossa jurisprudência. Não me privo da reserva de eventualmente provocar nova reflexão sobre a correção dela; não tenho, contudo, neste momento, como resistir-lhe ao comando."

[311] Consoante a definição realizada pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto de relator da ADI nº 1716/DF: "Sucede que tais atos de legislação orçamentária - sejam os de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício - são exemplos paradigmais de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo

retira normatividade dos instrumentos de controle existentes na própria Constituição Federal, que se destinam a limitar e regular a atuação do Poder Público, compreendido o Poder Executivo e o Poder Legislativo, na conformação do orçamento aos termos determinados pelo poder constituinte.

Veja-se a decisão proferida na ADI n. 1640[312]. A ação direta foi proposta por diversos partidos políticos e questionava a utilização de recursos decorrente de arrecadação vinculada para o custeio e financiamento de ações e serviços de saúde para finalidade diversa do comando constitucional. No caso, a norma do orçamento, na forma da Lei nº 9438/1997, previa que do total de R$4.779.000.000,00 correspondente ao montante a ser transferido ao Fundo Nacional de Saúde, pelo Tesouro Nacional, à conta das Receitas da CPMF, a parcela de R$1.301.900.000,00, ou seja, 27,24% do total dos recursos seriam destinados para o pagamento de dívidas e encargos, contrariando a previsão constitucional de aplicação dos recursos exclusivamente nas ações de saúde.

Assim, a matéria discutida neste julgamento estava cingida à destinação orçamentária de receita vinculada a ações de saúde e destinadas ao pagamento de serviço da dívida, contrariando a norma constitucional vinculadora[313]. Trata-se de

---

Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos". Sobre a ADI nº 1716/DF ver nota nº 306.

[312] Julgada em 12 de fevereiro de 1998, sendo publicada em 03 de março de 1998, com relatoria do Ministro Sydney Sanches. Eis sua ementa: "DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PROVISÓRIA SOBRE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA - C.P.M.F. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE "DA UTILIZAÇÃO DE RECURSOS DA C.P.M.F." COMO PREVISTA NA LEI Nº 9.438/97. LEI ORÇAMENTÁRIA: ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO - E NÃO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO: ART. 102, I, "A", DA C.F. 1. Não há, na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de um ato normativo. Não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Precedentes. 2. Isso não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, prejudicado, pois, o requerimento de medida cautelar. Plenário. Decisão unânime." A composição do STF para este julgamento foi a seguinte: Celso de Mello (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches (relator), Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. No mesmo foi a decisão proferida na ADI nº 2100 (julgada em 17 de dezembro de 1999) e ADI nº 2484 (julgada em 19 de dezembro de 2001). A composição da Côrte nestes casos não se alterou significativamente, sendo que no julgamento da ADI nº 2484 restou vencido o ministro Marco Aurélio.

[313] Constituição Federal. ADCT. Artigo 74. A União poderá instituir contribuição provisória sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. [...] § 3º O produto da arrecadação da

aplicar um limite constitucionalmente definido para a conformação do orçamento, em respeito à vontade do poder constituinte.

A decisão, harmônica com a então jurisprudência da Corte, deixou de apreciar a constitucionalidade em processo abstrato, nos seguintes termos:

> Não se pretende, pois, a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, mas de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo.

Neste julgamento o tribunal recusou-se a analisar a constitucionalidade da lei orçamentária anual da União, alegando que a referida lei, que destinava a receita da CPMF para pagamento de dívidas e encargos da máquina administrativa, não tinha natureza material e gerava efeitos político-administrativos concretos, logo, não estava sujeita ao controle concentrado de constitucionalidade[314]. Não parece possível antever, pelos termos da decisão, qual teria sido a posição ao final adotada pelo STF, superada esta preliminar, porém neste, como em outros julgamentos de semelhante jaez, vemos destacado que o óbice posto da decisão do STF é pertinente apenas à possibilidade de questionamento pela via abstrata, permitindo a ampla apreciação da normatividade do dispositivo constitucional pelo Poder Judiciário em sede de controle incidental, consoante trecho do voto do relator a seguir transcrito:

> Sendo assim, nada impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na Lei em questão.

---

contribuição de que trata este artigo será destinado integralmente ao Fundo Nacional de Saúde, para financiamento das ações e serviços de saúde.

[314] Destaco a manifestação posterior do Ministro Sepúlveda Pertence, pronunciada aquando do julgamento da ADI nº 2925, concluída em 19 de dezembro de 2003, nos seguintes termos: “MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Estou vendo um dos precedentes: autorização para destinar parte da arrecadação da CPMF a cobrir débitos do Ministério da Saúde com o FAT - não conhecemos da ADIn **(o que me dá um certo remorso, diante do que veio a suceder posteriormente) (**grifo nosso) ao voto original do relator.

4.3.2.2 A recusa a apreciação abstrata das normas orçamentárias e a existência de exceções

É de notar que esta posição não obsta que o STF, sob certas condições, aprecie a validade constitucional da legislação do orçamento pela modalidade da ação direta. Este é o conteúdo do decidido na ADI nº 1911[315] que analisou a compatibilidade constitucional em ação direta de legislação contida na Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Paraná para o exercício de 1999. Esta norma fixou o limite de 7% (sete por cento) de participação do Poder Judiciário na receita geral do Estado, independentemente da aquiescência do Tribunal de Justiça com a fixação deste patamar. Neste caso, a ação foi admitida e a cautelar deferida[316], considerando existir uma violação à Constituição na norma temporária que fixa um limite ao Poder Legislativo na elaboração do orçamento do Poder Judiciário Estadual. Ora, evidentemente tratava-se de norma temporária e, pelo entendimento tradicional do STF, não se prestaria ao controle concentrado de constitucionalidade.

---

315 Julgada em 19 de novembro de 1998 e publicada em 12 de março de 1999, sendo relator o Ministro Ilmar Galvão. Sua ementa está assim redigida: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. IMPUGNAÇÃO DIRIGIDA CONTRA A LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO DO PARANÁ, QUE FIXOU LIMITE DE PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ORÇAMENTO GERAL DO ESTADO SEM A SUA INTERVENÇÃO. AFRONTA AO § 1º DO ARTIGO 99 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades (ADIMC 468-9, Rel. Min. Carlos Velloso, e ADIMC 810-2, Rel. Min. Francisco Rezek), deferiu a suspensão cautelar da vigência de disposições legais que fixaram limite percentual de participação do Poder Judiciário no Orçamento do Estado sem a intervenção desse Poder. A hipótese dos autos ajusta-se aos precedentes referidos, tendo em vista que se trata de impugnação dirigida contra a Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do Paraná para o exercício de 1999, que fixou o limite de 7% (sete por cento) de participação do Poder Judiciário na receita geral do Estado totalmente à sua revelia. Cautelar deferida." O fundamento foi a violação do artigo 99, § 1º da Constituição Federal, onde reza que os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. A interpretação fixada pelo STF é no sentido da aquiescência do Judiciário com o limite fixado, com manifestação do Ministro Marco Aurélio, em determinado momento, que referencia a necessidade do estabelecimento de consenso. Participaram do julgamento os seguintes ministros: Celso de Mello (presidente), Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Galloti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão (relator) e Nelson Jobim. A publicação foi posterior à vigência da LDO.

316 Todavia, em sentido diverso foi o deliberado na ADI nº 885 (julgado em 17 de junho de 1999) que considerou prejudiciada a ação pelo esgotamento temporal da lei ânua, consoante ementa a seguir transcrita: "Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei nº 8 .652, de 29.04.93. 3. Alegação de ofensa aos arts. 3º, inciso III; 165, § 2º e 166, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal. Inobservância das disposições contidas nos arts. 16 e 38, da Lei nº 8.447, de 21.07.92, que estabeleceu diretrizes orçamentárias para o exercício financeiro de 1993. 4. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo não conhecimento da ação. Verificação de mera ilegalidade. Exaurimento da eficácia jurídico-normativa da lei impugnada. 5. Incabível ação direta de inconstitucionalidade contra lei que já exauriu sua eficácia jurídico-normativa. Ação direta de inconstitucionalidade prejudicada." A composição do STF neste julgamento foi: Moreira Alves (presidente), Néri da Silveira (relator), Octávio Galloti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim

Superada a questão da temporariedade, a norma em questão apresenta nítido alcance de ato político-administrativo[317], carente da normatividade que justificaria o pronunciamento do STF pela modalidade de controle concentrado da constitucionalidade da norma. Todavia, todos estes argumentos foram devidamente superados, com pronunciamento do STF em relação ao mérito da ação.

A decisão proferida referencia precedentes do STF nos quais é discutida a validade de norma do sistema orçamentário em relação ao princípio da autonomia do Poder Judiciário. Os precedentes citados: ADI-MC nº 468[318], de relatoria do Ministro Carlos Velloso, julgada em 27 de fevereiro de 1992 e ADI-MC nº 810[319], de relatoria do Ministro Francisco Rezek, julgada em 10 de dezembro de 1992, consideraram a possibilidade da suspensão da norma estadual na preservação do princípio da autonomia do Poder Judiciário, ameaçado pela limitação orçamentária, seja na Constituição do Estado (ADI-MC nº 468), seja na Lei de Diretrizes Orçamentárias (ADI-MC nº 810). Assim, a discussão não se pautou pela existência ou não de ato normativo, mas sim da necessidade de preservação da autonomia de Poder de Estado, ameaçado pela disciplina orçamentária em possível descompasso com a Constituição Federal. Esta possibilidade de interpretação permite a efetivação do controle da norma orçamentária pelos parâmetros constitucionais de sua elaboração.

Outra exceção à jurisprudência tradicional do STF diz respeito ao julgamento realizado na ADI nº 2108-7[320]. Neste processo, o Governador do Estado de

---

[317] Ver ADI 203 e ADI 1640, acima citadas.

[318] Do julgamento participaram os seguinte ministros: Sydney Sanches (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso (relator), Marco Aurélio e llmar Galvão.

[319] "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS DO ESTADO DO PARANÁ. MEDIDA CAUTELAR. Limite percentual destinado ao Judiciário estipulado à revelia do Tribunal de Justiça do Estado. Aspecto de bom direito reconhecido na ausência de tal participação na fixação do referido limite (artigo 99 § 1º da Constituição). Periculum in mora situado na iminência do ano de 1993, a que se dirigem as destinações legais. Medida cautelar concedida." Participaram do julgamento: Sydney Sanches (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, llmar Galvão e Francisco Rezek (relator)

[320] "VINCULAÇÃO - RECEITA DE IMPOSTOS. Ao primeiro exame, surge relevante a articulação de inconstitucionalidade, no que, via norma local, vinculou-se receita de impostos a despesas do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Assembleia Legislativa Estaduais, concorrendo, ainda, o risco

Pernambuco questionava a constitucionalidade de dois dispositivos da LDO. O primeiro reduzia a participação do Poder Judiciário, do Ministério Público, do Tribunal de Contas e da Assembléia Legislativa em relação aos percentuais constantes na lei orçamentária anterior; o segundo , contrariamente à regra do artigo 168 da Constituição Federal, estabelecia que os repasses em forma de duodécimo que deveriam ser entregues aos órgãos autônomos guarda uma vinculação com a receita orçamentária desvinculada líquida e não com os valores orçados como suas respectivas despesas. O voto do relator admitiu a ação à assertiva de que a LDO tem por finalidade orientar normativamente a elaboração da norma orçamentária anual e, enquanto não elaborada a lei do orçamento anual, a lei de diretrizes orçametárias possui caráter geral e abstrato, passível de impugnação pela via do controle concentrado de constitucionalidade. A posição esposada pelo Ministro Néri da Silveira, a quando dos debates expressa a posição da minoria:

> Sr. Presidente. Peço vênia para acompanhar o Sr. Ministro-Relator, em face da informação de S.Ex a de que o Projeto de Lei Orçamentária não está ainda aprovado. Enquanto não estiver aprovado, cabe a discussão em torno da validade ou não da norma de orientação para a elaboração da Lei Orçamentária. Pode ser questionada a constitucionalidade da Lei de Diretrizes Orçamentárias até que a Lei Orçamentária, que deve seguir as diretrizes nela estabelecidas, venha a ser aprovada. Porque, então, ela é uma norma que está em vigor e deve orientar, quer a proposta orçamentária quer, depois, a aprovação da Lei Orçamentária. Mas, no momento em que o Projeto de Lei Orçamentária for sancionado, aí cessa a eficácia dessa Lei e não cabe conhecer de uma ação de inconstitucionalidade de norma cuja eficácia já cessou.

E mais adiante, segue a manifestação do Ministro Néri da Silveira:

> Concluindo, Sr. presidente, entendo que se trata de uma lei temporária e, durante o período da sua vigência, que só cessa com a elaboração da lei orçamentária (aprovado o projeto de lei orçamentária cessa a vigência da Lei de Diretrizes Orçamentárias), a inconstitucionalidade decorrente da norma de diretriz pode ser

---

de manter-se com plena eficácia tais dispositivos. Suspensão de efeitos do artigo 26 e dos §§ 1°, 2° e 3° do artigo 27 da Lei n° 11.660, de 9 de julho de 1999, do Estado de Pernambuco, decorrente da derrubada de veto e da edição da Lei n° 11.666, de 6 de setembro de 1999, do mesmo Estado. Julgada em 17 de dezembro de 1999, sob a seguinte composição do STF: Carlos Velloso (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira (vencido quanto ao conhecimento), Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio(relator e vencido quanto ao conhecimento), Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

> reconhecida. Se for a norma, todavia, antes disso, consagrada pelo legislador do orçamento, tal cabe então discutir durante o período de vigência do orçamento, isto, é, durante o exercício, a invalidade da lei orçamentária. Mas não há "dúvida de que antes de a lei orçamentária ser elaborada, ela é uma norma que está incidindo relativamente a todos aqueles que têm a competência, a atribuição, o dever de elaborar a lei orçamentária. Por que não cabe declarar a inconstitucionalidade e impedir que a lei orçamentária seja inválida? Imaginemos que uma diretriz constante dessa lei seja absolutamente contrária à Constituição. Imaginemos que a lei de diretrizes orçamentárias estabeleça que não se aplicará certo percentual, previsto pela Constituição, como 'ad exemplum' para a educação. Admita-se a hipótese de a lei de diretrizes orçamentárias estipular que, no exercício seguinte, não se atenderá esse percentual. Até que se faça o orçamento, essa norma destinada a orientar o legislador do orçamento estará em vigor e fere a Constituição.

A divergência foi instalada pelo Ministro Sepúlveda Pertence relativamente ao primeiro dispositivo questionado, afirmando tratar-se de norma de caráter concreto, carente da normatividade que justificasse o controle concentrado, sendo na realidade uma orientação aos Chefes de cada um dos Poderes, no sentido da remessa das suas despesas para o orçamento.

O voto divergente prevaleceu, pelo que a ação não foi conhecida em relação ao primeiro dispositivo. Todavia, a ação foi admitida e provida em relação ao segundo dispositivo que vinculava o repasse de duodécimos ao Poder Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e a Assembleia Legislativa a percentual da receita orçamentária desvinculada líquida, considerando que neste sentido haveria uma norma abstrata a atrair a possibilidade do controle concentrado abstrato.

Também é possível observar uma flexibilização da orientação que conduz a impossibilidade do debate em sede de controle concentrado aquando da apreciação da ADI-MC 2535[321], em que o STF reconhece o questionamento de duas

---

[321]"I. Ação direta de inconstitucionalidade: cabimento: inexistência de inconstitucionalidade reflexa. 1. Tem-se inconstitucionalidade reflexa - a cuja verificação não se presta a ação direta - quando o vício de ilegitimidade irrogado a um ato normativo é o desrespeito à Lei Fundamental por haver violado norma infraconstitucional interposta, a cuja observância estaria vinculado pela Constituição: não é o caso presente, onde a ilegitimidade da lei estadual não se pretende extrair de sua conformidade com a lei federal relativa ao processo de execução contra a Fazenda Pública, mas, sim, diretamente, com as normas constitucionais que o preordenam, afora outros princípios e garantias do texto fundamental. II. Ação direta de inconstitucionalidade: objeto: ato normativo: conceito. 2. O STF tem dado por inadmissível a ação direta contra disposições insertas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, porque reputadas normas individuais ou de efeitos concretos, que se esgotam com a propositura

normas. Uma delas condiciona a inclusão no orçamento fiscal da verba correspondente a precatórios pendentes à "manutenção da meta de resultado primário, fixada segundo a LDO", e que constitui exemplo típico de norma individual ou de efeitos concretos, cujo objeto é a regulação de conduta única, já que subjetivamente complexa: a elaboração do orçamento fiscal, na qual se exaure, o que inviabilizaria no ponto a ação direta. A segunda norma, que institui comissão de representantes dos três Poderes e do Ministério Público, à qual confere a atribuição de proceder ao "criterioso levantamento" dos precatórios a parcelar conforme a EC 30/00, com vistas a "apurar o seu valor real", configura norma geral, susceptível de controle abstrato de constitucionalidade. Todavia, em que pese a dicotomia, o STF conheceu da ação em relação a ambas as normas, pois a norma de caráter geral é subordinante da norma individual, que, sem a primeira, ficaria sem objeto. A decisão proferida foi no sentido do conhecimento completo e procedência parcial da ação direta.

---

e a votação do orçamento fiscal (v.g., ADIn 2100, JOBIM, DJ 01.06.01). 3. A segunda norma questionada que condiciona a inclusão no orçamento fiscal da verba correspondente a precatórios pendentes à "manutenção da meta de resultado primário, fixada segundo a LDO" - constitui exemplo típico de norma individual ou de efeitos concretos, cujo objeto é a regulação de conduta única, posto que subjetivamente complexa: a elaboração do orçamento fiscal, na qual se exaure, o que inviabiliza no ponto a ação direta. 4. Diferentemente, configura norma geral, susceptível de controle abstrato de constitucionalidade a primeira das regras contidas no dispositivo legal questionado, que institui comissão de representantes dos três Poderes e do Ministério Público, à qual confere a atribuição de proceder ao "criterioso levantamento" dos precatórios a parcelar conforme a EC 30/00, com vistas a "apurar o seu valor real": o procedimento de levantamento e apuração do valor real, que nela se ordena, não substantiva conduta única, mas sim conduta a ser desenvolvida em relação a cada um dos precatórios a que alude; por outro lado, a determinabilidade, em tese, desses precatórios, a partir dos limites temporais fixados, não subtrai da norma que a todos submete à comissão instituída e ao procedimento de revisão nele previsto a nota de generalidade. 5. Não obstante, é de conhecer-se integralmente da ação direta se a norma de caráter geral é subordinante da norma individual, que, sem a primeira, ficaria sem objeto. III. Precatório: parcelamento, autorizado pelo art. 78 ADCT (EC 30/00), que não subtrai cada uma das dez prestações anuais do regime constitucional do precatório (CF, art. 100): donde, a excentricidade constitucional de ambas as normas questionadas. 6. A submissão a uma esdrúxula comissão dos três poderes e do Ministério Público da revisão do valor real dos precatórios compreendidos na moratória do art. 78 ADCT invade área reservada pela Constituição ao Poder Judiciário e ofende a proteção nela assegurada à coisa julgada. 7. O condicionamento da inclusão no orçamento fiscal da verba necessária à satisfação dos precatórios pendentes ou de suas parcelas infringe o art. 100, § 1º, da Constituição. Relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 19 de dezembro de 2001 e publicada em 21 de novembro de 2003. A matéria pertinente ao conhecimento da ação, ante sua natureza de lei formal, foi superada com o registro dos votos vencidos dos ministros Moreira Alves e Ilmar Galvão. No mérito, a decisão unânime foi no sentido de deferir a cautelar para suspender a eficácia das normas questionadas.

4.3.2.3 A suspensão condicional da eficácia da norma em face da legislação do orçamento

Também em sede de controle abstrato de constitucionalidade, encontramos o conjunto de decisões que reconhece a possibilidade da criação de direito material, sem que esta norma possua eficácia, pendente da produção de efeitos a partir do momento em que encontrar previsão na LDO e na LOA. Tal entendimento procede a uma distinção entre vigência e eficácia para reconhecer a possibilidade de existir o direito, porém com a aplicação condicionada à previsão na legislação do orçamento. A decisão proferida na ADI-MC 1292[322] esclarece de modo didático o entendimento: "Obviamente, essas exigências não constituem pressuposto de validade, em si, da lei concessória da vantagem funcional, mas tão-somente da legitimidade do pagamento desta..." Assim, a ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei em virtude de confronto com o artigo 169. § 1º da Constituição Federal, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro, pelo que não seria possível o conhecimento de pedido de declaração de inconstitucionalidade. Neste sentido está a deliberação posta na ADI 1292, ADI 1243, ADI 3599, ADIN 484, ADI 1585, ADI 2339 e ADI 2343.

É de notar que este tipo de decisão reconhece a validade da norma jurídica criadora do direito, mesmo sem a prévia previsão autorização na LDO. Todavia o teor da decisão sustenta que a aptidão de produzir efeitos está condicionada ao atendimento do requisito constitucional do artigo 169, o que parece conduzir,

---

[322] "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR nº 33 DE 7 DE DEZEMBRO DE 1994, DO ESTADO DE MATO GROSSO. ALEGADA INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 169, CAPUT, PARAGRAFO ÚNICO E INCISOS, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DE SUA VIGENCIA. Impossibilidade do confronto da norma em apreço com o caput do art. 169 da Constituição, sem apreciação de matéria de fato, circunstancia bastante para inviabilizar, nesse ponto, a ação direta de inconstitucionalidade. De outra parte, a ausência de autorização especifica, na lei de diretrizes orçamentárias, de despesa alusiva a nova vantagem funcional, não acarreta a inconstitucionalidade da lei que a instituiu, face a norma do art. 169, parágrafo único, inc. II, da CF, impedindo tão-somente a sua aplicação. Ação declaratória de inconstitucionalidade não conhecida." Julgada em 15 de setembro de 1995, com os seguinte componentes do STF: Sepúlveda Pertence (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão (relator), Francisco Rezek e Maurício Corrêa.

embora tal não esteja expresso na decisão do STF, à necessidade da inclusão da previsão da despesa no orçamento. Ora, tal significaria um retorno à espécie de legislação orçamentária pré-determinada, vinculando o Parlamento na elaboração do orçamento posterior de sorte a permitir a eficácia da norma jurídica criadora do direito material.

A decisão proferida na ADI 1428[323] é bem semelhante às acima citadas, porém conduz a um questionamento do alcance da própria existência do controle concentrado de constitucionalidade na medida em que afirma que a incompatibilidade formal de lei com o artigo 169 da CF só poderia ser examinada em confronto com as pertinentes LDO e LOA. Prosseguindo o entendimento, sustenta que tal situação afasta a possibilidade da existência de matéria constitucional. Ora, a disposição pertinente do artigo 169 diz respeito à necessidade da existência de dois consecutivos requisitos: o primeiro é a autorização específica na LDO e o segundo versa sobre a prévia dotação orçamentária suficiente. Deixar de examinar a existência de violação a estes requisitos significa abrir mão do controle abstrato de constitucionalidade em defesa da norma do artigo 169 da CF e, por conseguinte, de sua própria normatividade.

A evolução da jurisprudência ainda não se fazia evidente, contudo não é possível deixar de evidenciar que existiam indícios pertinentes a uma modificação da posição do STF quanto ao tratamento da norma orçamentária, bem distante da sua

---

[323] "MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI CATARINENSE Nº 9.901, DE 31.07.95: CRIAÇÃO DE CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO DE FISCAIS DE TRIBUTOS ESTADUAIS E DE AUDITORES INTERNOS. ALEGAÇÃO DE QUE A EDIÇÃO DA LEI NÃO FOI PRECEDIDA DE PREVIA DOTAÇÃO ORCAMENTARIA NEM DE AUTORIZAÇÃO ESPECIFICA NA LEI DE DIRETRIZES ORCAMENTARIAS (ART. 169, PAR. ÚNICO, I E II, DA CONSTITUIÇÃO). 1. Eventual irregularidade formal da lei impugnada só pode ser examinada diante dos textos da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei do Orcamento Anual catarinenses: não se esta, pois, diante de matéria constitucional que possa ser questionada em ação direta. 2. Interpretação dos incisos I e II do par. único do art. 169 da Constituição, atenuando o seu rigor literal: e a execução da lei que cria cargos que esta condicionada as restrições previstas, e não o seu processo legislativo. A falta de autorização nas leis orçamentárias torna inexequível o cumprimento da Lei no mesmo exercício em que editada, mas não no subsequente. Precedentes: Medidas Liminares nas ADIS n.s. 484-PR (RTJ 137/1.067) e 1.243-MT (DJU de 27.10.95). 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade não conhecida, ficando prejudicado o pedido de medida cautelar." Julgado em 01 de abril de 1996, com a presença dos seguintes ministros do STF: Sepúlveda Pertence (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio e Maurício Corrêa (relator).

.

consideração como ato meramente administrativo[324], efetivado mercê da disciplina exclusiva do Poder Executivo. Pelo menos em uma oportunidade, o STF pronunciou-se relativamente à existência de vinculação na formação do orçamento, mercê da definição ocorrida aquando da elaboração da LDO, mesmo sem admitir que tal vinculação pudesse ensejar a realização de controle abstrato de constitucionalidade.

Refiro-me à decisão proferida na ADI nº 2100[325], quando o Tribunal entendeu por não conhecer a ação direta. O voto prevalente, apesar de concluir em ser a norma orçamentária lei de efeito concreto e, por tal, insuscetível de controle abstrato, traçou interessante raciocínio pertinente à existência de vinculação entre a LDO e a LOA, no sentido da obrigatoriedade do cumprimento das determinações contidas na norma orientadora da elaboração do orçamento. Veja-se determinado trecho do voto:

> Sr. Presidente, na verdade, temos dois dispositivos na lei de diretrizes que condicionam a forma de elaboração da lei orçamentária, o art. 25 que estabelece " um percentual de 2,5% da Despesa Total na Função Agricultura ... "e o
>
> Art. 26 - Os investimentos definidos como de interesse regional no orçamento do Estado de 1999, não executados ou que não se concluirão no exercício em curso, obrigatoriamente deverão ser incluídos na peça orçamentária do próximo exercício, como os recursos correspondentes.
>
> São normas tipicamente concreta, de conteúdo político (sic), porque o orçamento de 1999 foi votado em 1998, no governo anterior. Isso significa a sobrevida da política orçamentária do governo anterior para o ano 2000, que é o período em que o novo governo tem condições de implantar a sua política. No caso, está obrigando que os investimentos definidos por lei, votados em 1998, não executados em 1999, sejam executados no novo governo.
>
> Tendo em vista a circunstância de que isso vai se definir, em termos, na votação do próprio orçamento e, como não há hierarquia entre as

---

[324] Ver nota nº 311

[325] Constitucional. Lei de Diretrizes Orçamentárias. Vinculação de percentuais a programas. previsão da inclusão obrigatória de investimentos não executados do orçamento anterior no novo. Efeitos concretos. Não se conhece de ação quanto a lei desta natureza. Salvo quando estabelecer norma geral e abstrata.Ação não conhecida." Julgada em 17 de dezembro de 1999, com a seguinte composição do STF: Carlos Velloso (presidente), Moreira Alves, Néri da Silveira (relator original), Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim (redator do acórdão).

> normas, sempre sustentei que o orçamento só poderia ser, digamos não executadas as normas da lei de diretrizes orçamentárias se, somente se, tivesse havido, previamente, uma emenda à lei de diretrizes orçamentárias em que ela tenha sido sancionada, para depois o orçamento ser executado. O orçamento está condicionado efetivamente à lei de diretrizes orçamentárias. Essa é a minha tese que defendo sobre este assunto, há algum tempo.[326]

É certo que as emendas à LOA apenas podem ser aprovadas se guardarem compatibilidade com as disposições da LDO[327]. Isto decorre do modo como se estrutura o sistema do orçamento em caráter concêntrico de generalidade a partir do PPA, seguido pela LOA e finalmente refletindo na LDO. Todavia a posição acima esposada considera a existência de uma vinculação concreta entre as normas da LDO e às da LOA, de sorte que a alteração da disciplina de determinada atuação prevista na LDO apenas poderia ser desconsiderada na Lei do Orçamento Anual caso houvesse uma emenda à Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É bem certa a existência de posição doutrinária que destaca a necessidade de uma compreensão da relação existente entre as leis que compõem o sistema orçamentário, de sorte a considera presente uma modalidade de relação e

---

[326] Esta foi a minha compreensão da manifestação do Ministro Nelson Jobim. Todavia, temo ser infiel ao seu pensamento pois, neste mesmo dia (17 de dezembro de 1999) foi julgada a ADI nº 2108-7, com manifestação que transcrevo: "SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, no processo orçamentário global brasileiro, exatamente no sistema de ciências públicas, temos três grandes leis, ou seja: os planos plurianuais os PPA's, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária. Não obstante a vinculação entre uma lei e outra, no sentido de que o plano plurianual de investimentos fixa as linhas gerais das ações públicas orçamentárias brasileiras, e também a lei orçamentária nada mais é do que a execução do plano plurianual no que diz respeito ao ano subsequente e o orçamento nada mais seria do que a execução orçamentária da decisão estabelecida nas leis anteriores, o que se passa, na verdade, é que essas três leis brasileiras não têm hierarquia diversa. Ou seja, a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária estão no mesmo plano. Portanto, um dispositivo como este que está na lei de diretrizes orçamentárias pode ser rigorosamente alterado na votação da lei orçamentária, porque a lei orçamentária não tem status inferior à lei de diretrizes orçamentárias. E, no momento em que for aprovada uma lei que venha descumprir as diretrizes de orientação da lei de diretrizes orçamentárias, como esta não tem hierarquia superior à lei orçamentária, ela estaria imediatamente revogada pelo mesmo órgão que havia autorizado aquela legislação. Tentou-se, inclusive, na possibilidade de sistematizar isso, estabelecer-se quoruns distintos para a aprovação de matérias na lei orçamentária que pudesse modificar a lei de diretrizes. Na execução das normas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, qualquer alteração que se estabeleça no orçamento e que a contrarie importa na revogação do seu dispositivo. Recordo-me que houve uma discussão, em algum momento, em que as normas da Lei Orçamentária que contrariassem os dispositivos da Lei de Diretrizes deveriam ser aprovadas por maioria absoluta. Essa matéria não foi aprovada."

[327] Constituição Federal. "Artigo 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. [...] § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias;'

vinculação entre estas leis[328]. Destaco a posição de José Maurício Conti (Planejamento e responsabilidade fiscal) que considera a existência de uma relação de determinação entre o PPA, a LDO e a LOA, que implica um vínculo de subordinação hierárquica de modo que "as previsões do plano plurianual condicionem a elaboração da lei de diretrizes orçamentárias que, por sua vez, delimita os parâmetros a serem seguidos pela lei orçamentária anual".

Todavia, como já mencionado, esta não constitui a posição dominante, quer na doutrina ou na jurisprudência, apesar de ser absolutamente correta e condizente com a forma como estão estruturadas as normas do sistema orçamentário na Constituição Federal. Não existe como compreender a disposição constitucional que condiciona a elaboração da lei orçamentária anual aos ditames do PPA e da LDO, sem atestar uma vinculação entre elas de sorte a inibir a alteração do PPA e da LDO pela modificação formal constante na lei do orçamento. (165, §§ 2º, 4º e 7º da Constituição Federal). O fato é que esta posição ainda não influenciou suficientemente o Tribunal a ponto de significar a alteração da jurisprudência. No julgamento da ADI nº 2100 a conclusão foi no sentido de não ser conhecida a ação e o entendimento acima esposado refletiu uma posição do Ministro Jobin, aparentemente isolada e pontual, sem repercussão no modo como o STF passa a encarar a relação existente entre a LDO e a LOA. Todavia a construção do raciocínio pertinente à possibilidade da existência de uma vinculação objetiva abre espaço para a controlabilidade desta modalidade de norma.

---

[328] Veja-se a posição de José Serra (1993, p. 149) quando considera necessária a fixação de um processo legislativo diferenciado para a modificação da LDO e da LOA após sua aprovação, de sorte que qualquer mudança de seu texto apenas poderia ser feita pelo quorum da maioria absoluta e que a eficácia da alteração da LDO sobre o orçamento apenas poderia ocorrer depois da aprovação e sanção da legislação que as promoveu.

4.3.2.4 A alteração da jurisprudência e a admissão do controle abstrato de constitucionalidade das normas orçamentárias

O passar dos anos denota um amadurecimento das posições do STF no que concerne ao alcance do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, passando a desenvolver entendimento que prestigia esta modalidade de controle e amplia a atuação do STF, ultrapassando posições anteriormente pacificadas, como acaba de ser demonstrado em relação às normas do sistema orçamentário.

Bom exemplo deste amadurecimento é a importante decisão consubstanciada no julgamento proferido na ADI nº 2925-8[329] em que o STF considerou ser possível o controle concentrado de constitucionalidade de legislação orçamentária em típico ato normalmente infeso a esta modalidade. Esta decisão se mostra paradigmática pois, pela primeira vez, ocorre uma explícita manifestação do STF no sentido de rever sua jurisprudência[330] e avançar para uma posição diferente da anterior, em relação ao controle abstrato das normas orçamentárias.

Este processo de controle concentrado de constitucionalidade foi instaurado pela Confederação Nacional do Transporte em face do artigo 4º da lei orçamentária de 2003 – Lei nº 10640/2003 e pretende discutir a destinação dos recursos arrecadados com base na Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico CIDE-Petróleo, afirmando que deveriam ser obrigatoriamente utilizados para o

---

[329] "PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA – CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO – IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL – CIDE – DESTINAÇÃO – ARTIGO 177, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas "a", "b" e "c" do inciso II do citado parágrafo." Relatado originalmente pela Ministra Ellen Gracie, sendo designado redator do Acórdão o Ministro Marco Aurélio. Julgado em 19/12/2003 e publicado em 04/03/2005. A composição do STF neste julgamento contou com a presença dos seguintes ministros: Maurício Corrêa (presidente), Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio (redator para o acórdão), Nelson Jobim, Ellen Gracie (relatora original), Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

[330] ADI 1640, acima, dentre diversas outras.

cumprimento de finalidades especificadas[331]. A lei orçamentária de então possuía dois dispositivos questionados. O primeiro deles é o que impunha, na abertura do crédito adicional, um limite máximo de dez por cento do valor de cada um dos subtítulos a serem eventualmente suplementados, mediante a utilização, no caso em exame, da reserva de contingência ou do excesso de arrecadação da própria contribuição mencionada. O segundo dispositivo contestado permitiria a anulação parcial de dotações ou a utilização da reserva de contingência e do excesso de arrecadação - todos relativos às receitas da CIDE/Combustíveis - para atender ou reforçar dotações outras que não traduzam as finalidades previstas na Constituição Federal. Desta forma, pretende que a previsão de suplementação de créditos, contida nos dispositivos impugnados da Lei Orçamentária Anual - LOA - não poderia atingir a destinação de recursos da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico - CIDE - instituída pela Lei 10.336/01, pois tal procedimento contraria o disposto no artigo 177, § 4°, II, da Constituição Federal, que destina expressamente o produto das arrecadações: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás e; c) ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes. Assim, a autora pretendia que a receita da CIDE Combustíveis fosse arrecadada conforme sua expressa destinação constitucional e, ainda, pleiteava que o Poder Executivo deixasse de aplicar os 10% (dez por cento), previstos na LDA, dos créditos suplementares com recursos oriundos da arrecadação da CIDE.

Ora, tal situação guarda nítida semelhança com a matéria discutida e pacificada pela jurisprudência do STF[332], que não reconhecia a legitimidade da discussão pela via do controle abstrato de normas. Note-se que o STF não proferia

---

[331] Constituição Federal, Artigo 177, § 4º: A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: [...] II - os recursos arrecadados serão destinados: a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás; c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

[332] Ver decisões proferidas nos seguintes processos: Ação Rescisória nº 929; ADI nº 203; ADI nº 1640 e ADI nº1716, todas anteriormente citadas e, além destas vemos: ADI nº 2057, ADI nº 2100, ADI nº 2484

um juízo de validade absoluta destas normas, pois, em várias situações, demonstrou a antijuridicidade da norma ou ato questionado. Todavia recusava-se costumeiramente a debater a matéria pela via do controle concentrado. A relatora original do feito, Ministra Ellen Gracie, propôs não conhecer da ação, prestigiando o tradicional entendimento:

> Não obstante o brilhantismo dos argumentos acima expendidos e o desvelo demonstrado no confronto do caso em exame com a jurisprudência da Corte que tem reconhecido a ausência de abstração, generalidade e impessoalidade nas regras de natureza orçamentária, entendo, na mesma linha do Procurador-Geral, estar-se diante de ato formalmente legal, de efeito concreto, portador de normas individuais de autorização.
>
> Além dos precedentes trazidos pela autora, que identificaram, como normas de efeito concreto, comandos de lei orçamentária que destinaram determinada soma pecuniária ou porcentagem da receita prevista a uma certa finalidade/despesa ADI 1.640, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 03.04.98, ADI 2.057, Rel. Min. Maurício Corrêa, Dl 31.03.2000 e ADI 2.100, Red. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, DJ 01.06.2001 aponto outros julgados nos quais reafirmou-se, do mesmo modo, o entendimento de que as disposições constantes de lei orçamentária anual, ou de emenda à mesma, constituem atos de efeito concreto, insuscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade, por estarem ligadas a uma situação de caráter individual e específica.
>
> Assim decidiu este Plenário, por exemplo, na ADI 2.484, DJ 14.11.2003, ao examinar artigo de lei de diretrizes orçamentárias (art. 64 da Lei 10.266/01) que continha as instruções ou comandos necessários para o preparo das estimativas de receitas que deveriam constar no projeto de orçamento de 2002..."
>
> ...
>
> Já na ADI 1.716, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.03.982, impugnou-se dispositivo que destinava à amortização da dívida pública as receitas porventura obtidas pelas entidades da Administração indireta a título de participações, dividendos, superávit financeiro ou disponibilidades do exercício anterior não comprometidas como restos a pagar. Ressaltou o eminente Relator, em seu voto, que os atos de legislação orçamentária, sejam aqueles de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício, "são exemplo paradigmais de leis formais, isto é, de atos administrativos de autorização, por definição, de efeitos concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos. (Destaquei)

> No presente caso, da mesma forma, tem-se um ato específico de autorização emanado do Poder Legislativo conferindo ao Executivo a oportunidade de abertura de créditos suplementares, valendo-se de dotações previamente fixadas na LOA destinadas a este exato propósito (reserva de contingência). O que a requerente pretende fazer passar como sendo "regra-matriz", geral e abstrata, regulatória de toda e qualquer abertura de crédito suplementar, nada mais representa do que as limitações, restrições e condições impostas pelo Poder Legislativo à abertura das suplementações necessárias. Em suma, são atos que, não obstante sua forma de lei, caracterizam-se como normas individuais de autorização que tornam viável a alteração do orçamento da despesa no curso do exercício. Por isso que, Gomo afirmado nas informações do Congresso Nacional, "0s dispositivos impugnados para serem aplicados, dependem do confronto de anexo especifico de eventual decreto de abertura de créditos suplementares com o anexo de metasfiscais da LDO/2003.
>
> Essa manifestação vem reforçada pelo argumento trazido pela Advocacia Geral da União para quem o dispositivo do art. 4° da Lei nº 10.640, mesmo se considerado "norma de estrutura" no dizer de Bobbio, citado na inicial, ou "regra matriz de todas'as movimentações intra-orçamentárias de recursos", deve incidir sobre as situações abrangidas pela lei e tem, portanto, destinação específica, inviabilizando o controle concentrado.

Todavia, como fruto do debate travado o Tribunal concluiu de forma diferente. A divergência, suscitada pelo Ministro Marco Aurélio considerava ser dever do Tribunal examinar a questão pertinente à proteção da opção política consubstanciada na destinação especial de recursos prevista na Constituição, asseverando que a exclusão da lei orçamentária desta verificação seria colocar a lei orçamentária acima da Carta da República[333]. A preocupação com a revisão da jurisprudência do Tribunal e a necessidade de examinar a matéria foi a tônica dos votos que se seguiram (Ministros Gilmar Mendes[334] e Sepúlveda Pertence[335]),

---

[333] "Argumenta-se que se acabou por lançar mão, muito embora de forma limitada, de recursos que a própria Carta Federal revela com destinação específica. Busca-se, justamente, a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria a conflitar, de modo frontal, com texto nela contido, mais precisamente com o disposto no artigo 177, § 4 2º. Se entendermos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República. Por isso, a meu ver , há que se distinguir caso a caso."

[334] "...tenho manifestado reservas em relação a essa jurisprudência, genericamente quanto a esse caráter do ato de efeito concreto, especialmente em relação às leis, porque sabemos, inclusive, a partir das próprias reflexões em termos de teoria geral, que podemos produzir leis aparentemente genéricas destinadas a aplicação a um único caso. Creio haver hipótese na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E a doutrina, hoje, é rica nessa discussão sobre as chamadas leis casuísticas. De modo que poderemos chegar a distorções significativas, a partir dessa perspectiva. Em se tratando de lei orçamentária, com maior razão, porque, se atentarmos para

culminando com a manifestação do Ministro Carlos Ayres que sintetiza a preocupação com a admissibilidade da ação:

> Sr. Presidente, ainda a título de comentário prévio, para confirmar as preocupações dos eminentes Ministros que me antecederam, a lei orçamentária é para a Administração Pública, logo abaixo da Constituição, a lei mais importante, até porque o descumprimento dela implica crime de responsabilidade. Está no art. 85, inciso VI. Imunizar a lei orçamentária contra o controle abstrato, acho um pouco temerário, também, ou seja, vamos blindar a lei orçamentária contra o controle objetivo de constitucionalidade.

A posição da Ministra Ellen Gracie (relatora) guardava perfeita pertinência com a jurisprudência da casa, quanto à recusa a admissibilidade do controle abstrato em relação a esta modalidade de norma. A estranheza da posição da relatora em relação à alteração de uma posição consolidada se evidencia em determinado momento dos debates:

> SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) : Ministra Ellen Gracie, veja V.Exa. que estamos vivendo novos tempos, então é preciso ter cuidado.
>
> A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA) - V. Exas. Estão revisitando a jurisprudência assentada. Vejo, analisando o caso concreto que temos na bancada, que esses dispositivos para serem eventualmente aplicados, essas limitações colocadas pela legislação, dependem, necessariamente, do confronto com um anexo específico da lei orçamentária. Portanto, mais concreto do que isso, dificilmente se encontrará.

---

aquilo que está no texto, veremos que ele não guarda qualquer relação - como já destacado pelo Ministro Marco Aurélio com as normas típicas de caráter orçamentário. Ao contrário, está dotado de generalidade e abstração, é claro que gravada pela temporalidade, como não poderia deixar de ser em matéria de lei orçamentária. Penso que é uma oportunidade para o Tribunal, talvez, rediscutir esse tema."

[335] A conclusão do voto do Ministro Sepúlveda Pertence foi no sentido de reconhecer a esta norma o caráter de generalidade que apunha como requisito para a admissibilidade da ação direta, sem deixar de manifestar dúvida quanto à pertinência da manutenção desta orientação: "Não lanço a primeira pedra porque estou vendo precedentes, aqui, em que eu mesmo compartilhei dessa orientação. Mas, realmente, nos últimos tempos, ela me tem inquietado." E mais adiante: "Neste caso, reconheço a generalidade da norma de autorização absolutamente abstrata, que permite ao Presidente da República, dadas certas condições de fato, criar créditos suplementares, segundo o que se pretende, contrariando uma norma constitucional. Esta, com relação a certa contribuição, impõe a aplicação total do produto de· sua arrecadação, nas suas finalidades constitucionais."

A tese majoritária[336] foi formada no sentido da admissibilidade da ação de controle objetivo de constitucionalidade, considerando procedente o pedido inicial para dar interpretação conforme a Constituição no sentido da destinação vinculada dos créditos suplementares abertos. O debate formou-se em torno da possibilidade do desvio no emprego de receitas vinculadas, com a proposição inicial da relatora no sentido de considerar improcedente a ação, sustentando que o contingenciamento realizado não traduz, efetivamente, a ocorrência do desvio de finalidade na aplicação dos recursos da contribuição, debate que somente virá a ocorrer se os recursos da CIDE/Combustíveis forem, de fato, utilizados nas movimentações intraorçamentárias em outras finalidades que não as previstas no art. 177, § 4°, II da Constituição. Assim, a proposição da relatoria era de que os valores arrecadados apenas poderiam ser empregados na consecução das finalidades constantes da Constituição e, como isto não estaria evidenciado na legislação atacada, a ação seria improcedente. O Tribunal não discrepou deste entendimento no sentido da vinculação, porém compreendeu a necessidade de evidenciar, para além de qualquer outra interpretação[337], o alcance do dispositivo questionado para permitir a formação de uma reserva com emprego vinculado à finalidade descrita na Constituição. Veja-se a síntese realizada pelo Ministro Cezar Peluso:

> Sr. Presidente, o meu voto é no sentido de dar liberdade ao Governo para não invocar outra interpretação qualquer como pretexto para deixar de cumprir a Constituição, isto é, afasto todas as interpretações que dêem ao Governo um pretexto para não cumprir a Constituição. Segundo meu raciocínio, a Constituição exige que os recursos sejam aplicados nas três finalidades. O que entra na reserva é o saldo da aplicação dos recursos nas três finalidades constitucionais. Ora, o art. 4°, § 1°, pode servir de escusa para o Governo limitar até o teto de dez por cento a aplicação desse

---

[336] Ficaram vencidos na tese de mérito: Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence. Presentes na votação: Ministro Maurício Corrêa, Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Carlos Velloso, Ministro Marco Aurélio, Ministro Nelson Jobim, Ministra Ellen Gracie, Ministro Gilmar Mendes, Ministro Cezar Peluso, Carlos Britto e Ministro Joaquim Barbosa. Ausente o Ministro Celso de Mello. Destaque para o voto do Ministro Joaquim Barbosa: “Sr. Presidente, eu desafiaria as pessoas com um mínimo conhecimento de Direito comparado a vislumbrar a possibilidade de uma Corte constitucional conceder o que se pleiteia nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade. A meu ver, é desconhecer completamente toda a evolução das relações entre Legislativo e Judiciário nesses duzentos anos. Parece-me bastante exótico. Por isso, acompanho a Relatora.”

[337] No dizer do Ministro Carlos Ayres a norma, mais do que comportar uma certa ambiguidade, comporta uma ambiguidade certa, o que é mais grave.

> excesso ou desse saldo em qualquer das três finalidades. Aí, a minha leitura é de que tal limite não subsiste e que, portanto, o Governo tem a respeito liberdade política. Não vinculo, não amarro o Governo. Mas não lhe reconheço poder de invocar aquele limite para dizer: "eu não aplico, porque estou impedido". Ele pode não aplicar, mas apenas se por ato político não o queira fazer Essa é a minha interpretação e, com o devido respeito, julgo procedente a ação.

Explicitamente, o Tribunal não adentrou no exame da necessidade de aplicação das receitas decorrentes desta forma de arrecadação. Ou seja, não foi realizado um juízo a respeito da possibilidade do amplo contingenciamento dos recursos orçamentários decorrentes de custeio vinculado, embora esta discussão estivesse presente nos debates realizados. Apenas para exemplificar vale registrar a participação dos Ministros Gilmar Mendes[338], Carlos Velloso[339] e Nelson Jobim[340] sobre esta matéria, que destacaram a necessidade de submissão da aplicação do produto de arrecadação vinculada às regras e a limites postos no orçamento anual, pelo que está o Poder Executivo impedido de realizar despesas para além do montante aprovado no orçamento, mesmo se a arrecadação vinculada for superior a este limite. Ou seja, mesmo em se tratando de aplicação de valores vinculados, a lei

---

[338] "Agora, impressiona-me o argumento aqui mencionado e, agora, enfatizado pelo Ministro Peluso quanto à possibilidade de, por via dessa interpretação, negar-se aplicação, e de forma reiterada, a recursos que são obtidos mediantes estrita vinculação. Isso, de fato, sensibiliza-me. Nessa linha da interpretação conforme - já enunciada pelo Ministro Carlos Britto e, agora, precisada pelo Ministro Cezar Peluso - parece-me razoável a formulação feita." E mais adiante, no mesmo processo: "De modo que, reconhecendo a delicadeza do tema e registrando a necessidade de uma eventual rediscussão em outro contexto, eu, também, não vejo como afastar, agora, a colocação feita ou resumida de maneira bastante precisa pelo Ministro Carlos Velloso, assentando que o texto constitucional é impositivo. Agora não obriga a um dispêndio, isso continua submetido às regras orçamentárias, claro que, portanto, terá de haver a deliberação legislativa."

[339] "A interpretação preconizada, a começar pelo Ministro Carlos Britto, parece-me razoável. Evidentemente que não estou mandando o Governo gastar. A realização de despesas depende de políticas públicas. O que digo é que o Governo não pode gastar o produto da arrecadação da CIDE fora do que estabelece a Constituição Federal, art. 177, § 4°, 11. Noutras palavras, o Governo somente poderá gastar o produto da arrecadação da mencionada contribuição no que está estabelecido na Constituição, art. 177, § 4°, 11. Como cidadão,penso que o Governo deveria, de há muito, estar gastando a CIDE na manutenção das nossas rodovias, que estão acabando. Se o Governo deixar que a nossa teia rodoviária se acabe - e parece que o Governo não liga para o assunto, pois as estradas estão cada vez mais estragadas vai t:er que gastar muito mais. É preciso pensar na segurança das pessoas que utilizam as nossas estradas, é preciso pensar no transporte de cargas, é preciso compreender que rodovias estragadas aumentam os preços dos fretes, assim aumentam os preços dos gêneros de primeira necessidade e o sacrificado, em conseqüência, é o povo. É assim que penso como cidadão, cidadão que utiliza as nossas tão mal cuidadas rodovias."

[340] "Toda a discussão aqui é para atender uma pretensão que está na lei. Uma pretensão específica, relativa; quer uma declaração' de inconstitucionalidade para a CIDE, para a vinculação aos transportes, para. a vinculação a receita às empreiteiras nacionais. É isso que se está querendo. Só. Eu gostaria de pensar um dia, talvez, num orçamento para o sistema "s"; na aplicação das receitas orçamentárias do sistema "s". Seria interessante se discutir isso um dia."

orçamentária pode estabelecer um limite, cujo cumprimento é harmônico com a Constituição. Desta forma, neste julgamento foi reconhecida a possibilidade da realização de controle concentrado de constitucionalidade da norma do orçamento, superando os argumentos pertinentes à temporariedade, generalidade e abstração, para afirmar a necessidade de efetiva normatização de disposição constitucional que prevê a existência de receita vinculada a determinado emprego. Além desta consideração foi principiado um interessante debate pertinente à possibilidade de vinculação da despesa prevista no orçamento e assentada a necessidade da observância do montante de despesa especificada no orçamento anual como limite material à atuação do Administrador, mesmo em se tratando de despesa vinculada à receita específica e cuja arrecadação se mostre superior ao valor orçado para as despesas. Transcrevo determinado trecho dos debates, com a intervenção do Ministro Nelson Jobim:

> Ou seja, o fato de ter arrecadado de fonte específica não autoriza despesa se não houver autorização orçamentária específica, que é a norma orçamentária típica. É isso o que se passa. Então, temos duas saídas: se houver a necessidade de uma suplementação de dez por cento, onde buscará esses recursos para suplementá-los? Poderá buscá-los na anulação parcial, na reserva de contingência existente, que é despesa para não pagar, e poderá buscar o recurso no excesso de arrecadação, mas este está vinculado à sua origem. Se ele é um excesso decorrente de receita vinculada, terá que lançar um subtítulo respectivo, não pode destinar outro subtítulo. É isto o que está dito. Não há a criação de uma reserva de contingência nova, mas, sim, a fonte para a suplementação até o limite de dez por cento. Agora, a necessidade de o limite ultrapassar a dez por cento, ele usará decreto para os dez por cento e terá que usar lei especial para o excedente. Então, não vejo nenhuma possibilidade de interpretação diversa, porque essa é a técnica orçamentária. Aqui, visa-se tentar romper o superávit primário, que se pretende com orçamento, através da abertura da possibilidade da necessidade do investimento. Por isso a Ministra Ellen Gracie referiu que a pretensão última disso é a tentativa mandamental, que os Senhores perceberam e não concordaram, de que Supremo vá determinar ao Executivo essa forma de execução extra-orçamentária.

A decisão considerou a necessidade do respeito ao limite orçamentário, mesmo na existência de recursos excedentes de natureza vinculada. Isto significa a necessidade da preservação dos limites postos à realização de despesa pública,

mediante a opção política realizada pelos Poderes na conformação do orçamento[341], então resta possível à Administração Pública abrir mão da arrecadação ou execução de receita em função de objetivo que considere relevante. Para os estritos fins deste trabalho, a conclusão tomada pelo STF parece conduzir para a compreensão da opção realizada no orçamento como um parâmetro objetivo que dá forma aos preceitos constantes da Constituição Federal. A questão será melhor tratada nas páginas que seguem.[342]

4.3.3 Decisões proferidas a partir de janeiro de 2004

Cronologicamente, vemos que o conjunto de decisões proferidas a partir de 2004 representou uma consolidação da alteração jurisprudencial cujo alcance ainda esta longe de se esgotar.

A recém-adotada orientação pertinente à possibilidade da realização do controle concentrado de norma orçamentária foi reafirmado no julgamento da ADI 820[343]. O Governador do Estado do Rio Grande do Sul questionou a norma da

---

[341] Veja-se a manifestação do Ministro Carlos Velloso que proclama sua posição pessoal a respeito, porém subordina-se à necessidade da existência de política pública de sorte a orientar o dispêndio. Ver nota 339

[342] Ver o item referente à existência de **Baliza à atuação judicial no controle da execução orçamentária**.

[343] AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 202 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. LEI ESTADUAL N. 9.723. MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO ENSINO PÚBLICO. APLICAÇÃO MÍNIMA DE 35% [TRINTA E CINCO POR CENTO] DA RECEITA RESULTANTE DE IMPOSTOS. DESTINAÇÃO DE 10% [DEZ POR CENTO] DESSES RECURSOS À MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS. VÍCIO FORMAL. MATÉRIA ORÇAMENTÁRIA. INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 165, INCISO III, E 167, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Preliminar de inviabilidade do controle de constitucionalidade abstrato. Alegação de que os atos impugnados seriam dotados de efeito concreto, em razão da possibilidade de determinação de seus destinatários. Preliminar rejeitada. Esta Corte fixou que "a determinabilidade dos destinatários da norma não se confunde com a sua individualização, que, esta sim, poderia convertê-lo em ato de efeitos concretos, embora plúrimos" [ADI n. 2.135, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 12.5.00]. 2. A lei estadual impugnada consubstancia lei-norma. Possui generalidade e abstração suficientes. Seus destinatários são determináveis, e não determinados, sendo possível a análise desse texto normativo pela via da ação direta. Conhecimento da ação direta. 3. A lei não contém, necessariamente, uma norma; a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei; assim temos três combinações possíveis: a lei-norma, a lei não norma e a norma não lei. Às normas que não são lei correspondem leis-medida [Massnahmegesetze], que configuram ato administrativo apenas completável por agente da Administração, portando em si mesmas o resultado específico ao qual se dirigem. São leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. 4. Os textos normativos de que se cuida não poderiam dispor sobre matéria orçamentária. Vício formal configurado --- artigo 165, III, da Constituição do Brasil --- iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo das

Constituição Estadual que determinava a aplicação de 35%, no mínimo, da receita resultante de impostos e transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino público, sendo que percentual não inferior a 10% seria destinado à manutenção e conservação das escolas públicas estaduais, através de transferências trimestrais de verbas às unidades escolares, de forma a criar condições que lhes garantam o funcionamento normal e um padrão mínimo de qualidade. Neste mesmo processo foi questionada a Lei Estadual nº 9723/1992 que regulamentou o repasse de verbas para a manutenção e conservação das escolas públicas estatuais do Rio Grande do Sul, fixando percentual mínimo de aplicação anual, com previsão de restituição do excedente à Secretaria de Estado da Educação em caso de sobejo. O argumento do autor está fincado na tese que o preceito da Constituição Estadual, ao determinar a aplicação de parte dos recursos destinados à educação, na "manutenção e conservação das escolas públicas estaduais, vinculou a receita de impostos a uma despesa específica, o que contraria o disposto no artigo 167, IV, da Constituição do Brasil. Ademais, de outro lado, a lei estadual, de origem parlamentar, suprimiria o trecho "da regulação das leis de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual recursos que nelas, e só nelas, deveriam ser destinados, ofendendo assim o art. 165, 'caput' e parágrafos da mesma Carta, de aplicação obrigatória aos Estados-Membros. Também fez parte do argumento inicial a afirmativa de que a iniciativa da lei orçamentária é ato privativo do Chefe do Poder Executivo, consoante o disposto no artigo 165, caput, da Constituição do Brasil, sendo certo que a ele incumbe administrar a execução do orçamento e, principalmente, traçar os objetivos maiores da Administração, nos termos do artigo 84, II da Constituição Federal, pelo que os textos normativos

---

leis que disponham sobre matéria orçamentária. Precedentes. 5. A determinação de aplicação de parte dos recursos destinados à educação na "manutenção e conservação das escolas públicas estaduais" vinculou a receita de impostos a uma despesa específica --- afronta ao disposto no artigo 167, inciso IV, da CB/88. 6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 2o do artigo 202 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como da Lei estadual n. 9.723, de 16 de setembro de 1.992. Julgado em 15 de março de 2007 e publicada em 29 de fevereiro de 2008. A composição do STF nesta decisão foi: Ellen Gracie (presidente), Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau (relator) Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Neste processo a preliminar de descabimento do controle concentrado foi rejeitada, porém destaco que já havia precedente do Tribunal no sentido da incompatibilidade da vinculação de receita desta natureza com a Constituição Federal, considerando especialmente a disposição do artigo 165, III da CF. Ver ADI nº 1689, julgada em 12 de março de 2003, sendo relator o Ministro Sydney Sanches.

impugnados, dando destinação aos recursos e disciplinando a sua aplicação em lei de iniciativa parlamentar, violariam o princípio da harmonia entre os Poderes.

A questão da admissibilidade da ação foi trazida ao debate pela manifestação do Advogado-Geral da União, sustentando a extinção do processo, sem resolução do mérito, no que diz respeito à Lei 9723/92, por entender que se trata de ato normativo de efeito concreto, insuscetível de apreciação pelo controle concentrado. No contexto da jurisprudência anterior teria inteira razão. Nota-se que matéria similar, não poucas vezes, teve curso suspenso em sede de controle concentrado de constitucionalidade ao argumento de tratar-se de norma de efeito concreto. A decisão do STF impressiona pela forma pelo qual foi superado o argumento. O relator Ministro Eros Roberto Grau enfrentou a questão relativa à admissibilidade da ação de controle concentrado para este tipo de norma realizando uma distinção entre a lei norma, a lei não norma e a norma não lei, com base na possibilidade do ato gerar direito por força própria, independentemente de outro ato que lhe confira materialidade, conforme se verifica em trecho de seu voto que reproduzo abaixo:

> Norma jurídica é preceito, abstrato, genérico e inovador tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados que se integra no ordenamento jurídico*.
>
> Ao Poder Legislativo é confiada a tarefa de emanar textos normativos que, na dicção de RENATO ALESSI *, consubstanciam estatuições primárias, isto é, textos normativos que valem por força própria.
>
> Mas --- continua ALESSI --- ao Poder Legislativo está atribuída também a emanação de certos atos que não estão voltados à integração do ordenamento jurídico, albergando, portanto, diverso conteúdo e diversa finalidade. Mencione-se, neste passo, os atos legislativos que se refere como lei em sentido apenas formal. Trata-se de estatuições primárias, na medida em que emanadas do Poder Legislativo, ainda que sem conteúdo normativo; leis, embora não possam sem caracterizadas como normas jurídicas.
>
> ALESSI conclui sua exposição contrapondo as noções de lei e de norma. Norma é todo preceito expresso mediante estatuição primária [na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão que a emana], ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém, necessariamente,

> uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E assim temos três combinações possíveis: a lei norma, a lei não norma e a norma não lei.
>
> Às normas que não são lei correspondem leis-medida [Massnahmegesetze], que configuram ato administrativo apenas completável por agente da Administração, portando em si mesmas o resultado específico ao qual se dirigem. São leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. As sementes da teorização desenvolvida em torno delas encontram-se na oposição entre ambas lei em sentido formal e lei em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. Precisamente a edição delas é prevista pela Constituição do Brasil no seu artigo 37, XIX e XX.
>
> Desse modo, imprescindível saber se o ato impugnado consubstancia lei-norma, lei em sentido material, abrangendo, ao estabelecer os requisitos necessários ao recebimento do repasse de verbas para sua manutenção e conservação, todas as escolas públicas estaduais ou, ao contrário, se particularizou seus destinatários, caracterizando, destarte, lei que não é norma, lei apenas em sentido formal.
>
> Verifico, na espécie, a possibilidade de análise do texto normativo impugnado pela via da ação direta, vez que a lei estadual consubstancia lei-norma; possui generalidade e abstração suficientes para o seu conhecimento; seus destinatários são determináveis, e não determinados.[344]

O voto vista do Ministro Carlos Ayres considera que as normas em questionamento veiculam comandos gerais, impessoais e abstratos, o que leva à rejeição da questão levantada pelo Advogado-Geral da União e ao conhecimento da ação. Afora estas duas manifestações, nada mais é tratado quanto à admissibilidade, com a aceitação do julgamento pelo Tribunal sem maiores questionamentos.

No mérito, a decisão da Corte considerou inconstitucional a legislação ordinária regulamentadora por ofender o princípio da separação de poderes e a iniciativa em matéria orçamentária, descendo a detalhamento que engessa a

---

[344] Obras citadas neste trecho do voto: Eros Roberto Grau. o direito posto e o direito pressuposto. 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2.003, p. 239 e Renato Alessi. “Principii di diritto amministrativo. 4. ed., vol. I, Giuffre, Milano, 1.978. p.14.

atuação do Poder Executivo. Considerou, por decisão majoritária[345], igualmente inconstitucional a disposição da Constituição do Estado que fixava o percentual de 10% para conservação das escolas, ao argumento de tal disposição retira a discricionariedade administrativa do governador, pois é esta autoridade pública que vai decidir em que aplicar os recursos. O voto majoritário considerou que, descendo a minúcias, o texto incide em inconstitucionalidade. Observa-se a grande preocupação da corrente majoritária quanto à possibilidade de atuação do Poder Executivo na gestão dos recursos colocados no orçamento, criticando o modelo que implica a vinculação quanto ao modo de execução orçamentária. Sua assertiva é a necessidade da existência de flexibilidade de sorte a melhor atender ao interesse público, materializado na opção realizada pelo Poder Executivo na gestão dos recursos orçamentários.

Todavia, ao defender a possibilidade de gestão dos recursos pelo Poder Executivo, olvidou da tarefa fundamental do Parlamento na definição e criação das políticas públicas. No caso, a Assembleia Legislativa realizou uma opção por uma política pública clara em sede de projeto educacional, determinando o investimento anual em programas de manutenção e conservação das escolas públicas, com o fito de preservar a qualidade do ensino. Esta opção pode ser efetuada, cabendo à própria norma orçamentária, a distribuição de recursos para a execução das tarefas diversas, dentro da realidade da Administração Pública. A iniciativa do projeto de lei orçamentária cabe ao Executivo, porém é necessariamente fruto da deliberação do Poder Legislativo.

Parece-nos interessante o voto divergente do Ministro Carlos Ayres[346] que considerava constitucional a materialização de política pública de fixar recursos mínimos para a manutenção e conservação por deliberação exclusivamente parlamentar, desconsiderando a iniciativa do Poder Executivo, adotando uma

---

[345] A divergência foi instaurada pelo Ministro Carlos Ayres que considerou ser a destinação de percentual mínimo para manutenção e conservação de escolas um mero destaque em relação ao percentual constitucionalmente posto para ser destinado à educação, plasmado pelo critério de razoabilidade.

[346] O outro voto divergente foi do Ministro Sepúlveda Pertence que considerava válida a opção, pois realizada em emenda à constituição estadual.

convicção de razoabilidade. Tal disposição seria possível como orientação ao Executivo e ao legislador do orçamento, sem forçar a situação-limite afirmada nos debates perante o STF[347]. A consideração da inconstitucionalidade olvidou que a disposição da constituição estadual destinava verbas para compor o orçamento, mas não vinculava sua integral aplicação, o que permitiria a atuação do executor do orçamento para evitar o desperdício de recursos públicos que a decisão do STF pretendeu combater. Neste sentido, a posição esposada pelo Ministro Sepúlveda Pertence[348] parece-nos mais correta quando afirma que a destinação de 10% das receitas do Estado do Rio Grande do Sul para a manutenção da escola pública estadual reflete um juízo político estranho à atribuição do STF.

Observe-se a discussão havida no STF pertinente à correção existente entre a LDO e a LOA no sentido da necessidade da existência de prévia autorização específica naquela para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Já vimos que as decisões do STF consideravam que este requisito não implicava a declaração de inconstitucionalidade da lei, mas na sua inaplicabilidade até que a exigência constitucional fosse cumprida.

Na discussão ocorrida durante o julgamento da ADI 3599[349], o STF, apesar de reafirmar a posição anterior, partiu do pressuposto da existência de prévia provisão

---

[347] "Se for obrigatório todos os anos, aplicar 10% dos 35%, é possível que, em algum ano, essa verba não seja aplicada de fato, quando poderia ter sido usada em outra área. [...] Terão de inventar obra todo ano. A grande crítica que se faz a esse modelo de vinculação é que, em relação, por exemplo, a municípios que lograram obter um patamar adequado, nessa área, comecem a inventar consultorias para conceber-se como gastar a verba."

[348] ADI nº 820. "Não vejo a inconstitucionalidade. Se a constituinte estadual poderia, para cumprir a Constituição Federal, reduzir-se à vinculação de 25%, ela não pode, num juízo político gaúcho - para o qual nenhum de nós está legitimado - destinar muito menos os 10% que aumentou sobre o que a Constituição exigia a um determinado setor das despesas com o ensino?"

[349] "Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Leis federais nº 11.169/2005 e 11.170/2005, que alteram a remuneração dos servidores públicos integrantes dos Quadros de Pessoal da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. 3. Alegações de vício de iniciativa legislativa (arts. 2º 37, X, e 61, § 1º, II, a, da Constituição Federal); desrespeito ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Carta Magna); e inobservância da exigência de prévia dotação orçamentária (art. 169, § 1º, da CF). 4. Não configurada a alegada usurpação de iniciativa

orçamentária para não conhecer parcialmente da ação. Todavia, o debate[350] evidencia a ampla possibilidade de questionamento da conduta do legislador e do administrador, à luz do ordenamento constitucional, ante um novo modelo de ADI, de modo a admitir como condição de ação a prova da inexistência de previsão financeira suficiente, todas às vezes em que for arguida a violação do artigo 169 da CF, de sorte a assegurar sua força normativa.

A comprovação da alteração da postura da Casa é também verificada no julgamento da ADI-MC nº 4167[351], onde o STF admitiu a possibilidade de apreciação em sede de controle concentrado do argumento de violação ao artigo 169, realizando um exame de matéria fática e permitindo a deliberação a respeito da compatibilidade entre a norma e as disposições da LDO e LOA, pelo menos enquanto presunção de compatibilidade. É de notar que esta apreciação supera a posição anterior que simplesmente não permitia a realização do controle. Pelo entendimento esposado na ADI-MC nº 4167, o controle de constitucionalidade em

---

privativa do Presidente da República, tendo em vista que as normas impugnadas não pretenderam a revisão geral anual de remuneração dos servidores públicos. 5. Distinção entre reajuste setorial de servidores públicos e revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos: necessidade de lei específica para ambas as situações. 6. Ausência de violação ao princípio da isonomia, porquanto normas que concedem aumentos para determinados grupos, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, se for o caso, não afrontam o princípio da isonomia. 7. A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes : ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ 1.6.2001; ADI 2343-SC, Rel. Min. Nelson Jobim, maioria, DJ 13.6.2003. 9. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada improcedente." Julgado em 21 de maio de 2007 e publicado em 14 de setembro do mesmo ano, com a seguinte composição: Ellen Gracie (presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes (relator), Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Carmem Lúcia.

[350] Veja-se determinado trecho da discussão: "...O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Foi o que a jurisprudência consagrou a partir da ADI nº 1.292, entendendo que, se, eventualmente, uma vantagem fosse contemplada no mesmo ano e não houvesse dotação orçamentária, a lei não resultaria inválida. Todavia, não se aplicava, quando restava ineficaz, pelo menos naquele ano ou naquele exercício financeiro. A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Na tentativa de fazer com que a norma se resguarde na sua constitucionalidade. Porque a Constituição é taxativa. Ela prevê: "Não se pode conceder sem prévia". E a concessão é pela lei. O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Neste caso, poderíamos até ter feito um tipo de esclarecimento porque, **hoje, mudou completamente o próprio modelo da ADI**. Mas, aqui, há controvérsias até sobre a existência, ou não, da dotação orçamentária....". Na realidade houve uma nova compreensão do uso da ADI pelo STF, pois não ocorreu modificação formal no texto pertinente da Constituição Federal.

[351] Matéria relacionada a fixação do piso nacional do magistério. Julgada em 17 de dezembro de 2008 e publicada em 30 de abril de 2009. A composição do STF neste julgamento foi a seguinte: Gilmar Mendes (presidente), Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Joaquim Barbosa (relator), Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Menezes Direito.

abstrato é possível, sendo, porém, exigível a demonstração da inconformidade da lei questionada com o artigo 169, pois é possível concluir pela existência de uma presunção em sentido contrário. Destaco trecho do voto do relator, com grifos nossos:

> Para os entes com maior capacidade financeira, a necessidade de contratação de pessoal para suprir a nova carga horária representará conformação tolerável da autonomia em prol do pacto federativo. A perda da disponibilidade integral dos recursos destinados à educação, que passarão a ser alocados à folha de pagamento, não causa ruptura nas relações de coordenação e cooperação que une os entes públicos.
>
> Contudo, é lícito presumir que, para os entes com menor capacidade financeira, a necessidade de contratação imediata de pessoal ou de aumento da folha de pagamento poderá redundar em interferência muito profunda na estrutura administrativa, bem corno esbarrar na ausência dos recursos necessários. Como a norma que dispõe sobre o dever da União de complementar os valores devidos não tem aplicação imediata e ampla, sua força para sanar o risco orçamentário não pode ser imediatamente identificada.
>
> Não obstante, a presunção é insuficiente para caracterizar o quadro de violação constitucional. Faz-se necessário o exame minudente da previsão de receita, das despesas e do aumento específico do gasto com folha de salários de cada ente público que se considere prejudicado. Como se lê em memoriais apresentados pelos requerentes, ao menos três Alagoas, Distrito Federal e Mato Grosso, afirmaram que a normatização não implicará revisão de gasto com pessoal. Em relação aos demais que participaram de pesquisa realizada pelos requerentes, não submetida ao contraditório, o acréscimo de horas necessárias para atender à norma varia entre 1% e 35%.
>
> Os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade permitem a pluralização do debate constitucional, bem como a rica coleta de informações úteis à composição do cenário submetido ao crivo da Corte. No caso em exame, e ao menos nesta quadra processual, os dados apresentados são insuficientes para o afastamento categórico da constitucionalidade da norma. Não há informações sobre a situação peculiar dos municípios, e as informações relativas aos estados, apresentadas em memoriais, não foram juntadas aos autos.
>
> Logo, eventual reconhecimento de violação da proporcionalidade ou da proibição de realização de despesa sem previsão orçamentária depende do exame em concreto da constitucionalidade da norma.

Desta forma, o óbice original à admissibilidade da ação restou superado pelo STF, que passa a admitir uma presunção de harmonia entre a norma criada e a LDO e LOA, atribuindo à parte o ônus de comprovar a desconformidade. Claro que, demonstrada a falta de harmonia, impõe-se a declaração de inconstitucionalidade pela necessidade de preservar a efetividade do artigo 169 da Constituição Federal.

Todavia, a explícita alteração da jurisprudência do STF ocorreu no julgamento da ADI-MC nº 4048[352]. A ação, movida pelo Partido da Social Democracia Brasileira questiona o uso da Medida Provisória nº 405, de 18 de dezembro de 2007, para proceder à abertura de crédito extraordinário no valor de R$5.455.677.660,00. Considera que este procedimento está vinculado ao mandamento do artigo 167, § 3º, da Constituição Federal, apenas podendo ocorrer na existência de despesas imprevisíveis e urgente, tais como, as decorrentes de guerra, comoção interna ou

---

[352] Julgado em 14/05/2008 e publicado em 21/08/2008, tendo sido relator o Ministro Gilmar Mendes. Sua ementa está posta nos seguintes termos: MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N° 405, DE 18.12.2007. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS. I. MEDIDA PROVISÓRIA E SUA CONVERSÃO EM LEI. Conversão da medida provisória na Lei n° 11.658/2008, sem alteração substancial. Aditamento ao pedido inicial. Inexistência de obstáculo processual ao prosseguimento do julgamento. A lei de conversão não convalida os vícios existentes na medida provisória. Precedentes. II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. III. LIMITES CONSTITUCIONAIS À ATIVIDADE LEGISLATIVA EXCEPCIONAL DO PODER EXECUTIVO NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS PARA ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. Interpretação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. Além dos requisitos de relevância e urgência (art. 62), a Constituição exige que a abertura do crédito extraordinário seja feita apenas para atender a despesas imprevisíveis e urgentes. Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos de relevância e urgência (art. 62), que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade por parte do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Os conteúdos semânticos das expressões "guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" constituem vetores para a interpretação/aplicação do art. 167, § 3º c/c o art. 62, § 1º, inciso I, alínea "d", da Constituição. "Guerra", "comoção interna" e "calamidade pública" são conceitos que representam realidades ou situações fáticas de extrema gravidade e de conseqüências imprevisíveis para a ordem pública e a paz social, e que dessa forma requerem, com a devida urgência, a adoção de medidas singulares e extraordinárias. A leitura atenta e a análise interpretativa do texto e da exposição de motivos da MP n° 405/2007 demonstram que os créditos abertos são destinados a prover despesas correntes, que não estão qualificadas pela imprevisibilidade ou pela urgência. A edição da MP n° 405/2007 configurou um patente desvirtuamento dos parâmetros constitucionais que permitem a edição de medidas provisórias para a abertura de créditos extraordinários. IV. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. Suspensão da vigência da Lei n° 11.658/2008, desde a sua publicação, ocorrida em 22 de abril de 2008. Participaram deste julgamento os Ministros: Gilmar Mendes (presidente e relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. O Ministro Cezar Peluso restou vencido no conhecimento da ação, quanto ao deferimento da liminar ficaram vencidos os ministros: Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Menezes Direito

calamidade pública. A linha de argumentação do autor sustenta que "não há como comparar – porque não têm a mesma densidade de gravidade, de imprevisibilidade e de urgência de uma guerra, de uma comoção interna ou de uma calamidade pública a abertura de crédito extraordinário para cobrir despesas com, por exemplo, custeio ordinário ou de ressarcimento ao gestor do Fundo Nacional de Desestatização". A petição inicial critica o entendimento tradicional do STF quanto ao não-cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra normas de caráter orçamentário. Argumenta que não pretende discutir o conteúdo de um crédito extraordinário em si, mas apenas o enquadramento de um determinado crédito na categoria de extraordinário, categoria única para a qual a Constituição de 1988 admite o uso da medida provisória para abertura de crédito. Assim, entende que a ação é plenamente cabível, pois: "não admitir ação direta de inconstitucionalidade para declarar a inadequação de tais despesas como créditos extraordinário − que, certamente, não são −, é criar espaço de ilegitimidade (de inconstitucionalidade) não passível de controle jurisdicional"[353].

Neste julgamento, o relator – Ministro Gilmar Mendes enfrenta a tradicional jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tinha considerado inadmissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeito concreto. O entendimento até então corrente, afirmava que a ação direta é o meio pelo qual se procede ao controle de constitucionalidade das normas jurídicas “in abstracto”, não se prestando ela "ao controle de atos administrativos que têm objeto determinado e destinatários certos, ainda que esses atos sejam editados sob a forma de lei - as leis meramente formais, porque têm forma de lei, mas seu conteúdo não encerra normas que disciplinam relações em abstrato.[354] Assim, os "atos estatais de efeitos concretos, ainda, que veiculados em texto de lei formal, não se expõem, em sede de ação direta, à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal", pois "a ausência de densidade normativa no conteúdo do preceito legal impugnado desqualifica-o – enquanto objeto juridicamente inidôneo - para o controle normativo

[353] Trechos retirados da petição inicial e do voto proferido no processo ADI-MC nº4048.

[354] Conforme decidido na ADI nº 647, com relatoria do Ministro Moreira Alves. Ver nota nº 301

abstrato[355]. O voto destaca os julgamentos anteriores, que prestigiaram este entendimento, porém claramente, considera-o superado[356].

O fundamento da nova posição parte do pressuposto de que se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas. Destaca que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária, pelo que a jurisdição

---

[355] Ver ADI nº 842, relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 26 de fevereiro de 1993, com a seguinte emenda: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI N. 8.541/92 (ART. 56 E PARS.) - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO E A REGRA DE VALIDADE TEMPORAL DAS PROVAS SELETIVAS (CF, ART. 37, II E III) - ATO DE EFEITOS CONCRETOS - INIDONEIDADE OBJETIVA DESSA ESPÉCIE JURÍDICA PARA FINS DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DEPENDENTE DA PREVIA ANALISE DE ATOS ESTATAIS INFRACONSTITUCIONAIS - INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA - NÃO-CONHECIMENTO. - ATOS ESTATAIS DE EFEITOS CONCRETOS, AINDA QUE VEICULADOS EM TEXTO DE LEI FORMAL, NÃO SE EXPOEM, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA, A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A AUSÊNCIA DE DENSIDADE NORMATIVA NO CONTEUDO DO PRECEITO LEGAL IMPUGNADO DESQUALIFICA-O ENQUANTO OBJETO JURIDICAMENTE INIDONEO - PARA O CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONSTITUI SUCEDANEO DA AÇÃO POPULAR CONSTITUCIONAL, DESTINADA, ESTA SIM, A PRESERVAR, EM FUNÇÃO DE SEU AMPLO ESPECTRO DE ATUAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL, A INTANGIBILIDADE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E A INTEGRIDADE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 5. LXXIII). - NÃO SE LEGITIMA A INSTAURAÇÃO DO CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO QUANDO O JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE DEPENDE, PARA EFEITO DE SUA PROLAÇÃO, DO PREVIO COTEJO ENTRE O ATO ESTATAL IMPUGNADO E O CONTEUDO DE OUTRAS NORMAS JURIDICAS INFRACONSTITUCIONAIS EDITADAS PELO PODER PÚBLICO. A AÇÃO DIRETA NÃO PODE SER DEGRADADA EM SUA CONDIÇÃO JURÍDICA DE INSTRUMENTO BASICO DE DEFESA OBJETIVA DA ORDEM NORMATIVA INSCRITA NA CONSTITUIÇÃO. A VALIDA E ADEQUADA UTILIZAÇÃO DESSE MEIO PROCESSUAL EXIGE QUE O EXAME "IN ABSTRACTO" DO ATO ESTATAL IMPUGNADO SEJA REALIZADO EXCLUSIVAMENTE A LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL. DESSE MODO, A INCONSTITUCIONALIDADE DEVE TRANSPARECER DIRETAMENTE DO TEXTO DO ATO ESTATAL IMPUGNA DO. A PROLAÇÃO DESSE JUÍZO DE DESVALOR NÃO PODE E NEM DEVE DEPENDER, PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DA PREVIA ANALISE DE OUTRAS ESPÉCIES JURIDICAS INFRACONSTITUCIONAIS, PARA, SOMENTE A PARTIR DESSE EXAME E NUM DESDOBRAMENTO EXEGETICO ULTERIOR, EFETIVAR-SE O RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO ATO QUESTIONADO."

[356] Veja-se trecho do voto do relator: "Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formai no controle abstrato de norma, até porque abstrato isto é, não vinculado ao caso concreto há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento acima referido do Supremo Tribunal acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais: a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público. Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto - lei casuística - de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas."

constitucional abstrata poderá ser o único e principal momento de verificação de sua compatibilidade com a Constituição.

A conjunção das considerações pertinentes à abstração – sustentando que abstrato há de ser o processo e não o ato questionado e a distinção entre lei formal do Poder Legislativo e ato normativo − abre caminho para ampla revisão da jurisprudência anterior. Ou seja, na visão do voto prevalente, a lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. A densidade normativa é requisito para a realização do controle abstrato de constitucionalidade do ato normativo que não seja a lei. Veja-se o voto do relator Ministro Gilmar Mendes:

> "Outra há de ser, todavia, a interpretação, se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aqueloutras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem ou da vontade do legislador ou do desiderato do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v.g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública)"

Tratando-se de lei formal, a possibilidade de acesso ao controle abstrato de constitucionalidade é ampla e submete-se à possibilidade da controvérsia ser posta em abstrato, independentemente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Como disse, esta posição inova em relação ao posicionamento anterior e se mostra significativa para conferir normatividade às disposições constitucionais que regulam o sistema de orçamento público.

Destaco os votos dos ministros Carlos Britto[357] e Cezar Peluso[358] que assumiram posições diferentes na apreciação deste processo. Evidencia-se, em

---

[357] Que explicita a nova orientação quanto a admissibilidade do controle abstrato para as denominadas "leis formais", no seguinte sentido: "...Espero não estar errado ao interpretá-lo como consagrador de uma distinção entre lei formal do Poder Legislativo e ato normativo. Ou seja, a lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Porque, quando a Constituição diz, no art. 102, I, "ali, no âmbito da nossa competência originária, "processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo", quer dizer que a densidade normativa para efeito de controle abstrato de constitucionalidade se exige para ato que não seja a lei." E mais adiante: "...E essa distinção que a Constituição faz e que Vossa Excelência corrobora se rende à evidência de que, de fato, a lei é o ato de aplicação primária da Constituição. Isto é, não há outro ato de aplicação primária da Constituição com a

relação ao primeiro uma plena aceitação com a mudança da jurisprudência e uma preocupação com a preservação da normatividade dos preceitos constitucionais, convergindo com a ampliação do alcance do controle concentrado de constitucionalidade para permitir possam ser perquiridos todos os atos possivelmente violadores da Constituição, inclusive debruçando-se sobre o alcance de conceitos indeterminados como os de relevância e urgência[359]. A segunda posição apresenta-se com maior cautela, preocupada com a repercussão desta nova interpretação da jurisdição constitucional em relação ao princípio da separação de poderes e à necessidade de autocontenção do Tribunal[360], valorizando o critério político de relevância e urgência que é ditado pelo Poder Político cuja última palavra pertence ao Congresso Nacional. A convergência entre estas posições está no fato de que ambos reconhecem a opção política como decisiva na conformação dos atos

---

dignidade da lei. Por isso que ela inova a ordem jurídica. E nova ordem jurídica, primariamente, no sentido de, logo abaixo da Constituição, quem inova a ordem jurídica é a lei. E, no caso da lei orçamentária - Vossa Excelência disse muito bem no fundo, abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país, porque a que mais influencia o destino da coletividade, do que esta lei. A lei orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição. E deixar essa lei do lado de fora do controle de constitucionalidade, em processos objetivos, parece um contra-·senso realmente."

[358] "... Eu também entendo que o Ministro Joaquim Barbosa tem razão quando aponta para impossibilidade de, aqui, equipararmos a hipótese com outros casos em que a conversão da medida provisória em lei não elimina necessidade de a Corte reconhecer a eventual inconstitucionalidade de uma e de outra, porque os outros casos em geral, inclusive relativos à Lei de Diretrizes Orçamentárias, têm alguma densidade no sentido de universalidade, de atingir outras situações. O que me parece, aqui, é pura e simplesmente problema de prática de ato típico de governo, isto é, autorização para gastar, e por isso ela é diversa da hipótese da CIDE, em que há destinação constitucional expressa de modo que não depende de nenhum controle discricionário. Ali é especifico, não é o governo que examina é a Constituição que liga determinado recurso a determinada despesa. Aqui, não, estamos num campo mais largo, em que deve intervir outra coisa mais do que do mero juízo de constitucionalidade, ou do mero juízo de juridicidade."

[359] "MINISTRO CARLOS BRITTO - Sendo assim, com todas essas considerações, e levando sobretudo em conta a interpretação sistêmica feita pelo Ministro Gilmar Mendes, acompanhando Sua Excelência, estarei saindo em defesa da Constituição e contribuindo para o seu princípio instrumental de maior força, que é o da sua efetividade."

[360] "MINISTRO CEZAR PELUSO - Segundo a jurisprudência assentada da Corte, de regra o Supremo não adentra o campo nem da urgência nem da relevância, por entender que são exclusivos da discricionariedade, tanto do presidente da República, como do Congresso Nacional, os quais devem avaliar se essas condições estão ou não presentes. Então, o próprio Tribunal se limita, entendendo que não pode avaliar nem a relevância nem a urgência. Neste caso, porém, estamos avaliando a relevância e a urgência. A diferença está em que, nos outros, elas não são qualificadas por nenhuma situação prevista na Constituição; e, aqui, a relevância e urgência são qualificadas mediante técnica de remissão a hipóteses comparativas. O que a Constituição diz, mais ou menos, na conjugação de ambas a.s normas, é que são necessárias a relevância e a urgência. Só que, em matéria de abertura de crédito extraordinário, urgência e relevância têm de ser comparadas com situações tais e tais." E mais adiante: "..mas que é, em substância, de simplesmente escolher a oportunidade de gastar em coisas que, presumidamente, são do interesse público. Não é o Supremo Tribunal que deva dizer à Presidência da República ou ao Congresso Nacional se podem, ou não, gastar, mediante créditos extraordinários, mediante crédito suplementar ou mediante crédito que seja lá que título tenha, do ponto de vista orçamentário. Isso é atividade típica de governo. É o Governo que decide sobre isso. E, se decide mal, responde perante as outras instâncias."

de Governo, todavia a primeira posição considera que a Constituição possui critérios limitadores suficientemente explícitos que permitem a realização de um juízo negativo de conceito indeterminado[361]:

Como bem evidenciou a Ministra Ellen Gracie[362], o objetivo da ação era a análise, no controle abstrato de constitucionalidade, de um ato específico de autorização de determinada despesa que, no juízo político-administrativo do Chefe do Poder Executivo da União (e, portanto, da própria Administração Pública Federal), mostrou-se concretamente indispensável por sua imprevisibilidade e urgência. Buscava que o Supremo Tribunal Federal, em ação direta, reprovasse ou declarasse inadequada a referida decisão de governo do Presidente da República, por discordar, genericamente, de que a nova destinação de recursos orçamentários pretendida já no final do exercício financeiro de 2007 fosse de fato extraordinária, isto é, urgente e inesperada. Neste sentido concluía pela manutenção – pela sua lógica e seu respeito ao princípio da separação dos poderes – da jurisprudência já consolidada no sentido da impossibilidade da verificação do acerto, quanto à urgência e à imprevisibilidade dos atos concretos e administrativos de alteração do orçamento da despesa, no curso do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo. Sua posição foi no viés de reconhecer que a decisão político-administrativa de abertura do crédito extraordinário tem com crivo natural o próprio Congresso Nacional, que sempre poderá, de maneira célere e eficaz, reprovar a iniciativa tomada por meio da não-aprovação da medida provisória editada.

Todavia, como se viu, a posição majoritária do STF foi em sentido diverso, considerando ser necessária a revisão da jurisprudência em tema de instauração de controle abstrato de normas veiculadoras de regras pertinentes à matéria de despesa pública ou de caráter orçamentário para admitir a possibilidade de controle. Ademais, a decisão mencionada não apenas reconhece esta possibilidade, mas

---

[361] MINISTRO CARLOS BRITTO: "...O juízo afirmativo da urgência é muito difícil, mas há certas situações em que, transparentemente, a toda evidência, não são urgentes. Ou seja, quando o urgente é trivializado, é banalizado, dá para perceber instantaneamente. Embora o juízo afirmativo seja dificultoso, mas o juízo negativo de urgência não o é diante de um fato chapadamente trivial."

[362] Voto vista na ADI-MC nº 4048/DF

afirma que o controle concentrado de constitucionalidade é o mecanismo melhor estruturado para efetivar a defesa da ordem constitucional, inclusive quando se tem por objeto a apreciação, em tese, de legislação que disponha sobre a provisão de receita, fixação de despesa ou autorização para abertura de créditos adicionais[363]. Com base neste raciocínio, o STF admitiu a ação.

Na assentada, o tribunal considerou procedente o pedido em seu mérito, efetuando, no dizer do Ministro Carlos Ayres, dois deslocamentos, que denominou de cognoscitivos ou de análise constitucional. O primeiro deslocamento diz com duas categorias de pressupostos de edição de medida provisória.

A primeira categoria - urgência e relevância - está no artigo 62 da CF. Este pressuposto não se confunde com a outra categoria de pressupostos que está na disposição constitucional do artigo 167, § 3º, urgência e imprevisibilidade. Ambas contêm pressupostos que devem ser atendidos em homenagem ao princípio do devido processo legal em círculos concêntricos. O primeiro, mais amplo, contém a regra do artigo 62; no segundo, interno ao primeiro, temos um devido processo legal específico para a norma orçamentária, nos termos do artigo 167, § 3º da Constituição Federal[364]. A distinção é realizada pelo Ministro Carlos Ayres:

> É por isso que os pressupostos não são exatamente os mesmos, porque sabemos que imprevisibilidade é o que foge do controle, o que não pode ser objeto de prognóstico . É como a língua portuguesa diz: o totalmente imprevisível, vale dizer, há um plus de significatividade em relação àqueles outros dois pressupostos do artigo 62. Essa especificidade de pressupostos no § 3º do artigo 167, no fundo, cumpre um papel constitucional. A Constituição confere ao orçamento uma proteção especialíssima. O orçamento, depois dela

---

[363] MINISTRO CELSO DE MELLO: “Daí a observação que Vossa Excelência, Senhor Presidente, fez a propósito da questão referente à possibilidade de utilização da fiscalização normativa abstrata como instrumento vocacionado, na especificidade de suas funções, a viabilizar a defesa objetiva da ordem constitucional, mesmo tratando-se de legislação que disponha sobre previsão da receita, fixação da despesa ou autorização para abertura de créditos adicionais, desde que o ato estatal faça instaurar litígio jurídico-constitucional suscetível de exame em tese, como aquele cujo conteúdo seja sindicavel, de modo direto e imediato, em face do próprio texto da Constituição.”

[364] Constituição Federal. Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Art. 167. [...] § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

> própria, a Constituição, é a lei que mais influencia os destinos da coletividade, o quotidiano de todos nós. Então, a Constituição confere ao orçamento um devido processo legal não-coincidente com aquele do artigo 62.

A necessidade do exame conjunto destes pressupostos implica o reconhecimento da inexistência dos requisitos de imprevisibilidade e urgência para os créditos abertos com a medida provisória. Assim, o tribunal não encerrou a apreciação dos requisitos gerais do artigo 62 (urgência e relevância), ultrapassando-o para verificar a existência da necessária imprevisibilidade a ensejar a utilização da via do crédito extraordinário para a inserção dos recursos no orçamento.

No fundo, a decisão considerou que o uso do mecanismo de crédito extraordinário tencionava subtrair da apreciação do Parlamento a prévia autorização para abertura de crédito suplementar e especial[365], evitando a necessidade da prévia tramitação legislativa para a aprovação dos valores, utilizando a medida provisória cujo efeito é imediato. Desta forma, a decisão que reconheceu a ilegitimidade do uso da medida provisória para a abertura deste tipo de crédito e proclamou sua incompatibilidade com a Constituição, inobstante sua posterior conversão em lei formal, age em defesa da prerrogativa parlamentar prevista na Constituição Federal e no direito destas Casas de apreciar a matéria orçamentária amplamente, sem a imposição efetuada pela premência do Executivo e pelo ritmo ditado pela urgência constitucional.[366]

Vale observar que o orçamento de 2007 foi alterado por 23 medidas provisórias relativas à abertura de créditos extraordinários que somam, aproximadamente, R$ 62,5 bilhões de reais. O orçamento da União, no ano em

---

[365] Constituição Federal. Art. 167. São vedados: [...] V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

[366] A utilização da Medida Provisória impõe ao Congresso Nacional a apreciação de seus termos no prazo previsto constitucionalmente (a partir de 45 dias a contar da publicação – artigo 62, § 6º da CF), sob pena de obstruir a deliberação da Casa sobre os demais assuntos. Desta forma, o Executivo captura a agenda congressual, o que não aconteceria no pedido de abertura de créditos suplementares e especiais. Veja-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello nesta decisão: “Esse contexto que venho de referir põe em evidência anômalo quadro de disfunção dos poderes governamentais, de que deriva, em desfavor do Congresso Nacional, o comprometimento do seu relevantíssimo poder de agenda, por acarretar a perda da capacidade de o Parlamento condicionar e influir, mediante regular atividade legislativa, na definição e no estabelecimento de políticas públicas.”

questão, ficou em algo em torno de R$ 1,2 a 1,4 trilhão. Desconsiderada a dívida pública, o valor fica em torno de R$ 600 bilhões. Assim, as medidas provisórias editadas no período de janeiro de 2007 até abril de 2008 de créditos extraordinários somaram mais de 10% do orçamento de 2007[367], o que significa criar um orçamento para além do orçamento regularmente tramitado e aprovado pelo Parlamento em maltrato da prerrogativa parlamentar de prévio exame do orçamento e, por decorrência, do princípio da separação de poderes.

O reconhecimento da possibilidade do uso do controle concentrado para apreciação da validade constitucional das leis integrantes do sistema orçamentário representa uma significativa alteração na efetividade e amplitude desta espécie normativa, de todo harmônico com esta modalidade de controle da constitucionalidade das leis. Não sem razão, Kelsen (2007), tratando do objeto do controle de constitucionalidade, considera ser necessário submeter à jurisdição constitucional todos os atos que revestem a forma de lei, mesmo se contêm tão-somente normas individuais ou meramente atos considerados administrativos. Prossegue exemplificando com os atos oriundos do Parlamento que não se apresentam sob a forma de lei em sentido formal; os atos que pretendam valer como lei, mas que não o sejam devido à falta de condição essencial qualquer, ou mesmo os atos que não pretendem ser lei, mas que a Constituição considera que deveriam ser, assim como os atos individuais oriundos do Parlamento, quer revestindo a forma de lei, quer a forma de tratado internacional. Nesta consideração, exemplifica com o Regimento Interno do Parlamento, o orçamento ou, até mesmo, a votação do orçamento (155) como objetos necessários do controle de constitucionalidade a ser realizado pelo órgão competente. Não posso deixar de destacar a explícita e destacada referência efetuada pelo jurista austro-húngaro à possibilidade/necessidade da submissão da lei do orçamento ou da norma que o aprova ao controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional para verificação de sua pertinência com a Constituição, em sentido distinto da tradicional jurisprudência do STF. Desta feita, absolutamente pertinente a síntese realizada

[367] Ver voto do Ministro Celso de Mello na ADI-MC nº4048/DF.

pelo Ministro Gilmar Mendes em relação à conclusão a que a maioria do STF chegou à apreciação da ADI nº 4048:

> Por outro lado, gostaria de fazer a seguinte observação. A tese do Tribunal, com as vênias de estilo, de que a matéria orçamentária - porque é isso que temos dito, tanto em LDO, como em LO - não é passível de controle de constitucionalidade, na verdade, propicia um quadro de abuso. Disse-o muito bem o Ministro Carlos Britto, pois dificilmente vamos vislumbrar urna lei mais importante fora da Constituição do que a Lei Orçamentária. Temos tido todas essas discussões, por exemplo, sobre direitos sociais. Como ele se realiza? O problema da omissão, como se faz esse controle? Tudo passa pelo orçamento. Ora, quando assumimos que não podemos fazer esse controle, estamos nos demitindo, criando um bill de indenidade em relação a essas normas como um todo. Por isso me parece insusceptível.

A diretriz no sentido da possibilidade de efetivação do controle foi confirmada na apreciação de medida cautelar na ADI-MC nº 3949[368] em que era questionada a dicção da LDO ao orçamento de 2008. O autor pretendia retirar da previsão de receita do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva lei, propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive de desvinculação de

---

[368] ADI 3949 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 100 da Lei nº 11.514, de 14 de agosto de 2007. 3. Consideração dos efeitos de propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive quando se tratar de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional, na estimativa das receitas do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva lei. 4. Preliminar de não-cabimento rejeitada: o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. Possibilidade de submissão das normas de diretrizes orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. Precedentes. 5. O art. 100 da Lei nº 11.514/2007 possui conteúdo normativo comum a qualquer programa orçamentário, que deve conter, obrigatoriamente, a estimativa das receitas, a qual, por sua vez, deve levar em conta as alterações na legislação tributária. 6. A expressão "legislação tributária", contida no § 2º do art. 165, da Constituição Federal, tem sentido lato, abrangendo em seu conteúdo semântico não só a lei em sentido formal, mas qualquer ato normativo autorizado pelo princípio da legalidade a criar, majorar, alterar alíquota ou base de cálculo, extinguir tributo ou em relação a ele fixar isenções, anistia ou remissão. 7. A previsão das alterações na legislação tributária deve se basear nos projetos legislativos em tramitação no Congresso Nacional. 8. Apesar da existência de termo final de vigência da CPMF e da DRU (31 de dezembro de 2007), não seria exigível outro comportamento do Poder Executivo, na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo, na sua aprovação, que não o de levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas, as quais já eram objeto de proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 50, de 2007). O princípio da universalidade em matéria orçamentária exige que todas as receitas sejam previstas na lei orçamentária, sem possibilidade de qualquer exclusão. 9. Medida cautelar indeferida." Relator: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 14/08/2008. Publicação 07/08/2009. Ministros presentes no julgamento: Gilmar Mendes (presidente e relator), Celso de Mello (solitariamente vencido na admissibilidade), Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito

receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional.

Novamente foi enfrentada a questão pertinente ao descabimento do controle abstrato para a verificação da compatibilidade constitucional das leis do orçamento, tendo reafirmado sua posição no sentido de considerar legitima a atuação do STF na fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto. No mérito, a decisão foi em indeferir a liminar por considerar válida a atuação do Poder Executivo, na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo, na sua aprovação, ao levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas as quais já eram objeto de proposta de Emenda Constitucional. Observe-se a distinção do conteúdo próprio da decisão de mérito em relação a ADI-MC nº 4048, pois naquele caso a consideração da inconstitucionalidade ocorria em defesa da prerrogativa parlamentar em apreciar o orçamento de maneira regular, toldado pela edição de Medida Provisória. Nesta situação, o tribunal apreciou e considerou regular a inserção na proposta de previsão de receita decorrente de projeto em tramitação, bem como sua posterior modificação quando ocorreu a rejeição do pleito que justificou a majoração da projeção de receita perante o parlamento[369].

Esta novel orientação do STF foi novamente afirmada no julgamento da ADI-MC nº 4049[370]. A matéria discutida nesta ação era bem semelhante ao apreciado no

---

[369] Trata-se da rejeição do projeto de emenda constitucional que prorrogava a cobrança da CPMF até 31 de dezembro de 2011, ocorrida em 12 de dezembro de 2007.

[370] Relatoria do Ministro Carlos Ayres, julgada em 05/11/2008 e publicada em 08/05/2009, com a seguinte ementa: CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 402, DE 23 DE NOVEMBRO DE 2007, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.656, DE 16 DE ABRIL DE 2008. ABERTURA DE CRÉDITO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONSTITUCIONAIS DA IMPREVISIBILIDADE E DA URGÊNCIA (§ 3º DO ART. 167 DA CF), CONCOMITANTEMENTE. 1. A lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade, devido a que se trata de ato de aplicação primária da Constituição. Para esse tipo de controle, exige-se densidade normativa apenas para o ato de natureza infralegal. Precedente: ADI 4.048-MC. 2. Medida provisória que abre crédito extraordinário não se exaure no ato de sua primeira aplicação. Ela somente se exaure ao final do exercício financeiro para o qual foi aberto o crédito extraordinário nela referido. Hipótese em que a abertura do crédito se deu nos últimos quatro meses do exercício, projetando-se, nos limites de seus

julgamento da ADI-MC nº 4048, valendo destacar a preocupação da maioria formada com o procedimento de tramitação regular da matéria orçamentária, consoante é possível verificar por trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes:

> Mas o que impressiona e cada vez mais - ainda hoje, eu vi a referência do Presidente Garibaldi à situação do Congresso Nacional - é que o uso da medida provisória, especialmente neste seguimento "orçamento", pode levar à completa paralisia do Congresso Nacional a partir do modelo da Emenda nº 32 que, como todos nós sabemos, consagra o sistema de trancamento de pauta. Se isso é distribuído com alguma lógica, ou sem alguma lógica, o fato é que o Congresso, hoje, já fala, inclusive com uma linguagem institucional, que só pode decidir nas janelas permitidas pelas medidas provisórias. Isso já é uma linguagem institucional, o que levou o Ministro Celso de Mello, em algum momento, a dizer que havia uma expropriação da agenda, significando, na verdade, retirar a soberania do Parlamento. Então, essa é uma questão extremamente séria. Não é uma questão de responsabilidade exclusiva do Presidente da República é uma questão sistêmica. É necessário que o Congresso Nacional também encontre formas de deliberação, mas é preciso que o orçamento seja feito a vero."[371]

É de observar duas ordens de preocupações, materializadas nesta decisão. A primeira, acima exposta, é quanto à possibilidade de ser retirado do Parlamento o conteúdo deliberativo inerente àquele Poder em matéria orçamentária. Neste sentido, o STF tem-se posicionado em defesa da prerrogativa de deliberação do Congresso Nacional, que possui a missão constitucional de elaborar o orçamento, aprovando suas normas por direito próprio[372]. A elaboração orçamentária é tarefa do Congresso Nacional, mediante apresentação de proposta do Poder Executivo, mas

---

saldos, para o orçamento do exercício financeiro subseqüente (§ 2º do art. 167 da CF). 3. A conversão em lei da medida provisória que abre crédito extraordinário não prejudica a análise deste Supremo Tribunal Federal quanto aos vícios apontados na ação direta de inconstitucionalidade. 4. A abertura de crédito extraordinário para pagamento de despesas de simples custeio e investimentos triviais, que evidentemente não se caracterizam pela imprevisibilidade e urgência, viola o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Violação que alcança o inciso V do mesmo artigo, na medida em que o ato normativo adversado vem a categorizar como de natureza extraordinária crédito que, em verdade, não passa de especial, ou suplementar. 5. Medida cautelar deferida. A composição do Tribunal neste julgamento foi a seguinte: Gilmar Mendes (presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie. Cezar Peluso, Carlos Britto (relator), Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vencidos quanto ao deferimento da liminar ficaram: Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso.

[371] No julgamento da ADI-MC nº 4049

[372] Ver disposição do artigo 49, II da Constituição Federal, destacando ainda a impossibilidade constitucional do orçamento ser consubstanciado pelo Poder Executivo pois está fora do alcance do limite material das Medidas Provisórias, assim como das Leis Delegadas (respectivamente artigos 62, I, "d" e 68, III da Constituição Federal).

a deliberação é tarefa exercida pelo Parlamento. Desta forma, a restrição ao uso de Medida Provisória para modificar o orçamento foi refutada pelo STF. A segunda ordem de preocupação diz respeito à impossibilidade de sindicar cada elemento de execução orçamentária para apurar a adequação com o comando constitucional, considerando que este procedimento equivaleria a substituir o Executivo no seu mister da execução orçamentária. Esta última posição tem-se revelado minoritária naquela Casa[373] que tem consagrado a tese da amplitude de controle da legislação orçamentária com base na normatividade da Constituição, independentemente do seu conteúdo abstrato ou concreto.[374]

Por derradeiro, neste estudo sobre a evolução da jurisprudência do STF em sede de controle de constitucionalidade das normas orçamentárias, cumpre destacar a decisão proferida na ADI nº 2855[375]. Esta ação foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em face da Lei nº 7604/2001 do Estado do Mato Grosso. Esta norma criou Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Sob Aviso à Disposição da Justiça, no Poder Judiciário de Mato Grosso, compreendendo os recursos provenientes de depósito sob aviso à disposição da justiça em geral e o resultado das aplicações financeiras a eles correspondentes e, ao entender do autor,

---

[373] Voto vencido de: Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso. RICARDO LEWANDOWSKI: "Entendo não ser possível que nós nos substituamos ao Chefe do Poder do Executivo, sentemos na Cadeira Presidencial e comecemos a examinar item por item das despesas: essa é urgente, essa não é urgente; essa é relevante, essa não é relevante; essa é imprevisível. Não é este, com todas as vênias, o papel do Poder Judiciário. Eu também, com todo respeito pelo brilhante voto do eminente Relator, indefiro a cautelar."

[374] Ministro Carlos Ayres no julgamento da Adi nº 4048 e 4049: "a lei não precisa de densidade normativa para se expor ao controle abstrato de constitucionalidade. Para esse efeito, exige-se tal densidade apenas para o ato que não caracterize lei em sentido formal."

[375] Julgada em 12 de maio de 2010 e publicado em 17 de setembro do mesmo ano, com a seguinte ementa: "DEPÓSITOS JUDICIAIS - INICIATIVA DE LEI. Ao Judiciário não cabe a iniciativa de lei visando disciplinar o Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos. DEPÓSITOS JUDICIAIS - DIFERENÇA ENTRE A REMUNERAÇÃO DAS CONTAS E RENDIMENTO PREVISTO EM LEI - UTILIZAÇÃO PELO JUDICIÁRIO. Surge conflitante com a Carta da República lei do Estado, de iniciativa do Judiciário, a dispor sobre Sistema Financeiro de Conta Única de Depósitos Judiciais com aporte de diferença de acessórios em benefício do Poder Judiciário.". Em sua certidão de julgamento consta o seguinte: "Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente a ação, no que foi acompanhado pelo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e a Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Plenário, 26.10.2006." E adiante: "Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação direta, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Dias Toffoli e Gilmar Mendes, que a julgavam parcialmente procedente. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausentes a Senhora Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal na 10ª Conferência Bienal da International Association of Women Judges - IAWJ, em Seul, Coréia do Sul, e o Senhor Ministro Joaquim Barbosa, licenciado. Plenário, 12.05.2010.

a lei ultrapassa a competência constitucional ordenada ao Poder Judiciário que, na concepção atual, não poderia incitar processo legislativo com conteúdo dessa espécie. Sustenta que, dentre as matérias veiculadas no art. 96, 11, da Constituição Federal, não se encontraria nenhuma hipótese que autorizasse o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso a iniciar discussão junto ao Poder Legislativo que desatasse em lei tratando de "sistema financeiro de conta única de depósitos sob aviso à disposição da Justiça".

Observa-se, pelos termos do questionamento, que o texto normativo impugnado, com projeto de lei da autoria do Tribunal de Justiça do Mato Grosso - fls. 158 -, centraliza os valores depositados em juízo, vinculados a feitos judiciais instaurados junto à Justiça Comum local, em conta única, comandada por autoridades, judiciais e administrativas (art. 1°, § 1°; e 6°, do Lei Estadual nº 7.604/01), da Corte Estadual. Além dessa determinação, disponibiliza ao mencionado Tribunal a diferença constatada entre: a) o rendimento obtido desses valores, decorrente de seu investimento no mercado financeiro; e b) a quantia que será devolvida aos interessados nas demandas judiciais respectivas, que serão ressarcidos do montante depositado, corrigido apenas pela aplicação dos índices aplicáveis às cadernetas de poupança. Essa diferença, obtida da aplicação dos valores em operações a serem escolhidas em lei própria (art. 3°, § 2°, da Lei Estadual nº 7.604/01), subtraído o valor que será devolvido ao interessado - que tem o capital depositado remunerado pelo índice da poupança (art. 2°, 1, da Lei Estadual nº 7.604/01) -, é posta à disponibilidade do Poder Judiciário mato-grossense.

O voto do Ministro Marco Aurélio considera que o resultante da diferença constitui receita não prevista na lei de execução orçamentária, pelo que não integra o orçamento propriamente dito. O Poder Judiciário não tem competência para definir, em projeto de lei de sua iniciativa, quais sejam suas fontes de receita. Essa competência legislativa foi entregue, pelo art. 165. III da Carta Federal, apenas ao Poder Executivo que, uma vez formalizadas as dotações e posto em execução o orçamento, irá repassar aos demais Poderes, dentre os quais o Poder Judiciário, os seus recursos.

A lei do Estado do Mato Grosso, decorrente da iniciativa do Tribunal de Justiça local, versou sobre um tema para o qual o Poder Judiciário não possui autorização, obtendo um novo contorno aos limites da ordem das finanças públicas, agregando aos ditames da lei orçamentária nova espécie de receita. E ainda, em resultado dessa operação, previu a assunção de despesas sem indicar receitas legalmente constituídas.

Ora, nenhuma despesa pode ser realizada sem previsão orçamentária[376]. Todavia a lei estadual previu a ocorrência de várias despesas que seriam suportadas pelas receitas decorrentes da aplicação da legislação questionada. Deste modo, a norma trata os valores obtidos com o rendimento dos depósitos judiciais como se fossem receitas públicas de sorte a fazerem frente a despesas da Justiça Estadual.

A decisão proferida considerou que o Poder Judiciário está adstrito aos comandos da lei orçamentária anual[377], pelo que não poderia eleger nova espécie de receita pública[378]. A execução do seu orçamento está limitada à lei orçamentária anual, devendo limitar-se aos repasses oriundos do Poder Executivo.

A conclusão deste julgado reflete a preocupação com a disciplina constitucional do orçamento público, violado pela legislação estadual. Não é possível a criação de fonte de receita estranha às disposições do orçamento e isenta do controle realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo, a quem compete a iniciativa da lei orçamentária e sua aprovação, respectivamente. A existência de fonte de receita apartada do orçamento e, portanto, isenta de controle parlamentar,

---

[376] Conforme artigo 167, II da Constituição Federal. “Art. 167. São vedados: [...] II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;”

[377] Nos termos do artigo 165, § 5º, I da Constituição Federal: “§ 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;”

[378] Destaco que, pelos termos da lei estadual do Mato Grosso, os valores decorrentes de depósitos judiciais poderiam ser livremente aplicados em aplicações financeiras pelos órgãos gestores do Fundo, pagando ao beneficiário, proprietário do depósito, a remuneração decorrente da variação da poupança, o que implica na absorção de fundos privados em benefício de fundo público. “A Administração Pública apropria-se, nos termos das regras impugnadas, do valor excedente, obtido do investimento - de risco evidentemente maior que o da poupança - de numerário que não lhe pertence.” ADI 2855.

viola a Constituição Federal. A Administração Pública em geral e o Poder Judiciário em particular estão jungidos aos princípios constitucionais que impõe a observância do orçamento público e a realização do controle de suas despesas em função dele.

Em conclusão, relativamente ao modo como a visão do STF tem evoluído no específico tema de aplicação, elaboração e controle do orçamento público, não é possível deixar de ressaltar a significativa, para dizer o mínimo, alteração da concepção tradicional de controle dos atos do Poder Público para o patamar traçado pelas linhas acima. É de notar gradual, porém, persistente abandono da concepção abstencionista no tema de controle do orçamento, levando a uma importante discussão a respeito da aplicação dos recursos públicos, cujo patamar de detalhamento não encontra correspondência nos anteriores julgamentos efetuada pelo Supremo Tribunal. É alvissareiro constatar o envolvimento, cada vez mais acentuado de nosso tribunal constitucional mais importante com um tema de incontestável relevância para o Estado e para a sociedade.

É preciso, contudo, avaliar em que medida é aceitável o exercício do controle de formação e execução do orçamento, sem que importe invasão de competência e vulnere o princípio da separação de poderes.

5 O CONTROLE DO ORÇAMENTO PÚBLICO. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS CONCERNENTES À VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR E DO ADMINISTRADOR NA ELABORAÇÃO E EXECUÇÃO DO ORÇAMENTO.

5.1 O ORÇAMENTO COMO NORMA E SUA CONTROLABILIDADE A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

Como já visto e utilizando a doutrina de Canotilho (1978), a resposta para a indagação sobre a possibilidade da compreensão da natureza material da lei do orçamento vincula-se à influência, ainda existente em nossa doutrina financeira, da teoria do duplo conceito de lei. Esta concepção tem sua origem na doutrina alemã do século XIX, criada a partir das necessidades especificas e políticas do Estado Prussiano para a solução da crise existente entre o Parlamento e a Monarquia daquele Reino Alemão[379]. Sua concepção considerava ser lei material todo aquele ato que estabelecesse uma regra de direito, podendo gerar direito subjetivo. A norma sob o ponto de vista formal era meramente criada como lei, mas não se revestiria das características dela. A norma que cria o orçamento seria um exemplo de lei em sentido apenas formal, pois nela inexiste qualquer determinação ou proibição, mas sim mero plano de gestão. Em sendo lei em sentido puramente formal, caberia ao Rei sua apresentação e execução, mesmo na hipótese de rejeição do projeto pelo Parlamento, com fundamento na necessidade superior do Estado, amparado no princípio da continuidade do serviço público.

A conceituação do orçamento como um simples plano de gestão, despido de significação e de efeitos jurídicos, com significação política limitada ao estabelecimento de relações internas entre os organismos do Estado, ou seja, carente da força normativa de uma lei não parece adequada à realidade. A lei é um

---

[379] Conforme tratado no item 2.2 A NATUREZA DO ORÇAMENTO PELA CRISE PRUSSIANA E A IMPORTÂNCIA DE PAUL LABAND

preceito, emanado de órgão investido do poder soberano do Povo para exprimir sua vontade por meio da criação de normas reguladoras de conduta e de organização[380], sendo que a lei do orçamento possui claro conteúdo jurídico, mesmo considerando a concepção liberal dos primeiros modelos de Constituição, forjados a partir do ciclo das Revoluções Burguesas[381], pois contêm instruções à administração no sentido de empregar determinados recursos para a realização de especificados fins e, ao mesmo tempo, autoriza ao governo a arrecadação dos valores necessários ao custeio das despesas e investimentos previsto.

Se tal é fato sob o ponto de vista da concepção liberal de orçamento e de Constituição, ainda o é em mais elevada medida, considerando a evolução do direito e do modelo econômico, incorporando complexidades que recusam a noção do orçamento como um mero espelho da vida econômica para admiti-lo como um instrumento ou como agente desta vida econômica[382].

Como bem coloca o consagrado constitucionalista português, a doutrina do duplo conceito de lei inseria-se no modelo positivista e no método jurídico-formal, baseando-se na geração de conceitos antagônicos: norma jurídica – negócio jurídico, direito objetivo – direito subjetivo, criação de direito – aplicação do direito, lei material – lei formal, esfera interna – esfera externa, abstrato – concreto, que se convertem em centro da dogmática jurídica, que assim remete os problemas político-constitucionais para o campo da conceitualização lógico-formal. Assim procedendo, o fundamento da questão desaparece ante sua argumentação, convertendo-se em razão em si, completamente dissociada do substrato político e histórico que motivou seu aparecimento.

---

[380] Não se pode olvidar da teoria que considera também existentes as “normas-objetivo”. Estas seriam a forma de explicitar os fins perseguidos pelo Estado na realização de políticas públicas, evidenciando os objetivos a serem alcançados não apenas pela ação do Estado, mas igualmente pelo agir de toda a sociedade. Sobre normas de conduta, organização e normas-objetivo ver Eros Grau (p.130-153)

[381] Veja referência na nota nº 21.

[382] A distinção existente entre o capitalismo de pequenas unidades produtoras e o capitalismo em que a intervenção ativa do Estado se faz presente como consumidor, produtor e banqueiro. A mudança ocorre quando o estado busca canalizar e dirigir sua influência na vida econômica por meio do orçamento assim transformado em um sistema de produção, distribuição e consumo de toda a nação, sob a roupagem de um orçamento nacional cuja finalidade é estabelecer uma eficaz coordenação entre a atividade financeira do Estado e a econômica do País. (BUJANDA, 1962)

Tanto é assim que na doutrina persiste a concepção de orçamento como lei em sentido meramente formal, mesmo com o surgimento de uma nova sociedade, com o estabelecimento de relações complexas que levam ao surgimento de um diferente modelo de constituição e, claro, de uma nova concepção de orçamento, distinta do modelo clássico, possuindo as funções de determinar a finalidade da Administração. O orçamento-programa, enquanto instrumento financeiro do Estado enuncia e fixa as diretrizes, objetivos e metas para o exercício financeiro, passando a conter não só limites de gasto, mas sendo, a um só tempo, o instrumento definidor dos próprios objetivos da administração e a própria ferramenta para sua satisfação.

Constata-se que o orçamento é um instrumento geral de políticas públicas e que é preciso considerá-lo sob este viés, sob o risco de incorrer em graves equívocos conceituais e de aplicação das espécies normativas existentes a este instrumento.

5.1.1 A questão do equilíbrio no orçamento público

Um dos equívocos de possível e até encontradiça aplicação diz respeito à necessidade da confecção de um orçamento público equilibrado[383]. Não se pode deixar de considerar que, em algumas situações e por um prazo curto, torna-se necessário provocar uma situação de desequilíbrio, mediante o incremento de despesas, com a finalidade de permitir uma atuação estatal na construção de uma política de criação, recuperação ou manutenção de empregos ou no implemento da tarefa de elevação da renda nacional. Esta hipótese se confronta com a consideração tradicional do orçamento, como havia sido construído pela teoria financeira e constitucional do século XIX, pois todos os princípios em que se inspirava o orçamento clássico, seja sob o ponto de vista contábil, seja sob o ponto

[383] A exigência constitucional de equilíbrio orçamentário anual apenas esteve presente no artigo 66 da Constituição de 1967, desaparecendo na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Hoje a exigência existe apenas no artigo 4º, I, "a" da Lei Complementar nº 101/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

de vista político são incompatíveis com a elasticidade que a regulação das receitas e despesas devem possuir, relacionadas à evolução da economia (BUJANDA,1962)[384].

Nossa Constituição não trata do equilíbrio entre despesas e receitas na elaboração do orçamento como requisito ou elemento essencial a ser considerado em sua elaboração.

Este requisito não está na Constituição Federal, mas sim integra norma complementar de fundamental importância no que compete à disciplina das finanças públicas. Trata-se da Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal[385]. Neste sentido, apresenta-se como uma norma jurídica que tem por pressuposto uma definição de sociedade e estado bem marcada, com foco postado em um modelo econômico definido, fortemente ancorado à concepção de estabilidade monetária e preservação do equilíbrio das contas públicas. Não é sem razão que, dentre os princípios estabelecidos pela Lei Complementar n° 101/2000, temos o princípio do equilíbrio entre receitas e despesas, traduzido em equilíbrio das contas públicas[386] e a necessidade de correlação entre receita e despesas na lei de diretrizes orçamentárias[387].

---

[384] Bujanda (1962) considera que a nova posição do orçamento na vida financeira das nações implica a flexibilização ou desaparecimento dos princípios da: competência, pelo qual era reconhecida ao Parlamento a função de ordenar a receita e a despesa pública; unidade e universalidade, resultando na redução da função dos corpos representativos na discussão e exame dos orçamentos. Sua consideração possui duas resultantes: a) politicamente, no fortalecimento da função de governo e juridicamente, no desaparecimento do estado de direito em aspecto essencial para a nação.

[385] A apreciação da LRF não pode olvidar as reconhecidas experiências inspiradoras da LRF, quais sejam: a Nova Zelândia, através do Fiscal Responsibility Act, de 1994; a Comunidade Econômica Europeia, a partir do Tratado de Maastricht; e,os Estados Unidos, com a edição do Budget Enforcement Act, com foco no princípio de "accountability".

[386] Marcos Nóbrega in Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo: 2002, aponta o princípio do equilíbrio fiscal como o grande princípio da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ele afirma que o equilíbrio fiscal é mais amplo e transcende o mero equilíbrio orçamentário. "Equilíbrio fiscal significa que o Estado deverá pautar sua gestão pelo equilíbrio entre receitas e despesas. Dessa forma, toda vez que ações ou fatos venham a desviar a gestão da equalização, medidas devem ser tomadas para que a trajetória de equilíbrio seja retomada."

[387] Lei Complementar nº 101/2000. Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas;

O objetivo manifesto é a obtenção de amplo equilíbrio das contas públicas, contudo não apenas do ponto de vista orçamentário, mas também do ponto de vista fiscal[388]. Ocorre que o equilíbrio das contas públicas não é um valor em si, mas apenas possui significado quando agregado a outros elementos que possam conduzir a sociedade à obtenção de um valor desejado. A finalidade da existência do princípio do equilíbrio é provocar o surgimento de um ambiente fiscal mais favorável para o controle das receitas e despesas orçamentárias, possibilitando que a Administração Pública possa obter os meios financeiros para a execução das atividades e programas úteis e necessários para a sociedade e, no caso brasileiro, a consecução dos objetivos estabelecidos no artigo 3º da Constituição Federal[389].

O surgimento da norma orçamentária está regulamentada pela nossa Constituição Federal e prevê a criação integrada de três normas jurídicas que harmonicamente constituirão o sistema orçamental. São elas: Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. A Lei de Diretrizes Orçamentárias compreende as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício subsequente; orienta a elaboração da lei orçamentária anual; dispõe sobre as alterações na legislação tributária e estabelece a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento, conforme prescreve o § 2 do art. 165 da Constituição Federal. A LDO tem como finalidade principal compatibilizar a programação orçamentária anual com o planejamento de longo prazo definido pelo PPA. É, portanto, instrumento que orienta a elaboração da proposta orçamentária anual e sua apreciação pelo Congresso Nacional.

---

[388] Conforme Marcos Nobrega In: Lei de Responsabilidade Fiscal e Leis Orçamentárias. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, o grande princípio da Lei de Responsabilidade Fiscal é o princípio do equilíbrio fiscal. Esse princípio é mais amplo e transcende o mero equilíbrio orçamentário. Equilíbrio fiscal significa que o Estado deverá pautar sua gestão pelo equilíbrio entre receitas e despesas. Dessa forma, toda vez que ações ou fatos venham a desviar a gestão da equalização, medidas devem ser tomadas para que a trajetória de equilíbrio seja retomada.

[389] Assim, é possível constatar que a noção de equilíbrio se apresenta como necessário meio para atingir a finalidade desejada – qual seja – a satisfação do mandamento constitucional de implementação dos direitos fundamentais. Sua feição instrumental permite a aplicação das disposições em função do objetivo a ser atingido. Esta consideração permite compreender o princípio do equilíbrio dentro de quadro amplo, que comporte a existência de ciclos orçamentários em déficit para obtenção de recuperação econômica desejada, ou mesmo a possibilidade de sustentação de ciclo de orçamento em déficit para atender valor relevante de redução das desigualdades sociais ou regionais.

A Lei de Responsabilidade Fiscal inova em relação à disciplina constitucional da LDO ao acrescer a esta hipótese não contemplada no texto constitucional, criando a diretriz pertinente ao equilíbrio entre receita e despesa, conforme regulamentação do artigo 4º da LRF. A norma determina que na elaboração da LDO deva ser observado o equilíbrio entre receitas e despesas, de sorte que a programação das despesas corresponda ao suporte financeiro, derivado do ingresso de receitas previstas. É certo que a Lei nº 4.320/64, legislação com *"status"* de lei complementar que regulamenta a elaboração do orçamento público, já possuía uma disposição que mencionava o equilíbrio entre a despesa e receita[390]. Todavia esta norma possui um conteúdo diferente em relação à lei de responsabilidade fiscal, pois estabelece o equilíbrio como meta, na medida em que tal fosse possível, diferentemente do conteúdo vinculante da disposição na LRF e cujo descumprimento implica sanção de natureza penal e institucional[391].

Como se verifica, trata-se de disposição de conteúdo infraconstitucional, em cumprimento a uma política determinada[392], cuja interpretação deve ser realizada em consonância com o conjunto de normas que compõem e dão sentido à Constituição Federal.

---

[390] Lei nº 4320/64. Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos:a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho;b) **manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria.** (destaque nosso)

[391] Ver Lei Complementar nº 101/2000, artigos 23, § 3º e 73. As sanções vão desde a limitação a transferências voluntárias, chegando até a impossibilidade da realização de operações de crédito. A estas sanções de natureza institucionais somam-se as de natureza pessoal, com a aplicação da Lei nº 10.028/2000.

[392] A Lei Complementar n° 101 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, para além de sua função ostensiva de regulamentação dos artigos 163 e 169 da Constituição Federa, possuía a destinação de implementar as bases de uma política de conteúdo liberal. Em abril de 1999, na exposição de motivos do Projeto de Lei Complementar que se transformou na "Lei de Responsabilidade Fiscal", foi expresso que a nova legislação fazia parte do conjunto de medidas do Programa de Estabilização Fiscal - PEF, sendo seu objetivo a "drástica e veloz redução do déficit público, além da estabilização do montante da dívida pública em relação ao Produto Interno Bruto da economia", pretendendo estabelecer o regime de gestão fiscal responsável. Juntamente com o projeto da Lei de Responsabilidade Fiscal foram apresentadas as propostas de reformas tributária, previdenciária e administrativa, com a finalidade de promover mudanças estruturais da Administração Pública, com a criação de um ambiente fiscal mais favorável, com a reestruturação das dívidas dos Estados e dos Municípios, com saneamento dos bancos estatais para a sua posterior privatização, dentre outras medidas de ajuste fiscal.

A aplicação despida de crítica deste preceito significa subordinar e restringir a norma constitucional, condicionando-a em aspecto relevante. Contudo é possível constatar que a noção de equilíbrio se apresenta como necessário *meio* para atingir a finalidade desejada – qual seja – a satisfação do mandamento constitucional de implementação dos direitos fundamentais. Sua feição instrumental permite a aplicação das disposições em função do objetivo a ser atingido. Esta consideração permite compreender o princípio do equilíbrio dentro de quadro amplo, que comporte a existência de ciclos orçamentários em déficit para obtenção de recuperação econômica desejada, ou mesmo a possibilidade de sustentação de ciclo de orçamento em déficit para atender valor relevante de redução das desigualdades sociais ou regionais.

Desta forma, creio ser possível conferir ao orçamento uma função em nosso sistema legal, diversa da consideração de ajuste equilibrado. Assim, harmonizar a disposição pertinente ao equilibro entre receitas e despesas com o mandamento que impõe à atuação da sociedade na redução dos níveis de desigualdade sociais e regionais[393] passa a ser a tarefa a qual deverá se dedicar o estudioso do direito financeiro, harmonizando este regramento clássico com a necessidade de atuação do Estado em uma sociedade desigual.

Nossa Constituição não admite que o Estado assuma o papel de espectador em relação ao desenvolvimento da sociedade. Ao contrário, impõe uma atuação no sentido de agir sobre o conjunto social para modificar a realidade em prol de um projeto específico de igualdade. Desta forma, é preciso modelar juridicamente este instituto para permitir uma atuação construtiva da noção de orçamento, especialmente no que compete a possibilidade de utilização com a finalidade de implementar políticas intervencionistas na economia e sociedade.

Desta maneira, a noção de equilíbrio entre receitas e despesas, como prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal, subordina-se à normatização da atuação

---

[393] Conforme artigo 3º da Constituição Federal.

do Estado pela Constituição que impõe, ao revés de meramente autorizar, a atuação do Estado que se materializa pela aplicação da norma do orçamento.

Assim sendo, evidencia-se a existência de imposições à elaboração do orçamento com a finalidade de direcionar o gasto estatal para a realização da vontade expressa na Constituição, substituindo uma noção de autonomia contábil do orçamento pela de instrumento para a consecução de políticas, tornando-o controlável em função da pertinência constitucional destas políticas e sua implementação. A preocupação, na elaboração da norma do orçamento, deixa de ser a correspondência entre receita e despesa, mas sim a finalidade a atingir pela sua elaboração e implementação.

5.2 A PERSPECTIVA DE CONTROLE JUDICIAL CONCENTRADO NA ELABORAÇÃO DO ORÇAMENTO

Já vimos que a noção que vincula a aprovação da lei do orçamento à aceitação da proposta do Executivo, aparecendo sob a roupagem de lei o que é meramente um ato administrativo, encontra-se superada pelas novas funções exercidas pelo orçamento em nossa moldura constitucional. A norma orçamentária é lei que possui parâmetros constitucionais delimitados na sua elaboração, desta feita não é possível considerar que a formulação da proposta pelo Poder Executivo seja realizada em um ambiente desprovido de regras de atuação. Ao revés, temos por certa a presença de condicionantes à atuação do Poder Público na formulação e na apresentação da proposta de orçamento. Presentes os parâmetros de atuação, o agir da administração, mesmo exercendo legitimamente a iniciativa de apresentação de projeto de norma orçamentária, poderá ser objeto de questionamento pelo descumprimento de preceito vinculante na elaboração da norma. Mesmo anteriormente à mudança de posição do STF relativamente à possibilidade de controle judicial na formação do orçamento e da própria superação da visão relativamente a impossibilidade de controle abstrato de normas definidas como de efeito concreto, vemos que esta discussão já se fazia presente nos julgamentos

realizados perante aquela Corte, conforme se verificou na apreciação da ADI nº 2100[394], em que foi traçado interessante raciocínio pertinente à existência de vinculação entre a LDO e a LOA, no sentido da obrigatoriedade do cumprimento das determinações contidas na norma orientadora da elaboração do orçamento.

Para além da possibilidade da vinculação da elaboração orçamentária em função da disciplina não cumprida da LDO, vemos ainda outra possibilidade a explorar, considerando a distinção pertinente à natureza da despesa pública.

As despesas públicas podem, efetivamente, ser classificadas em obrigatórias ou discricionárias, em função da existência de dispositivos constitucionais ou de leis anteriores que as determinem, ou não. Presente a disposição legal vinculando a despesa, torna-se obrigatória para o Parlamento sua inclusão na peça orçamentária a ser elaborada, independentemente da vontade do órgão do Poder Executivo, encarregado da iniciativa, ou da atuação do Congresso Nacional. Nesta hipótese, tanto a iniciativa quanto a legislação estão vinculados por dicção legal, não havendo margem de atuação fora destes limites.

5.2.1 Elaboração do orçamento e a vinculação de receitas

As vinculações de receitas são exceções ao princípio da não-afetação. Este princípio significa que, por regra geral, o administrador e o legislador tenham liberdade na conformação do orçamento com a finalidade de implementar as políticas governamentais que justificaram sua eleição, com a observância, em princípio, das regras fundamentais (SCAFF, 2009), consoante enumeração expressa no texto constitucional[395]. Implica uma vedação ao legislador, proibindo-o de criar

---

[394] Ver a nota 325 e discussão subsequente.

[395] Constituição Federal: “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza

uma vinculação entre a receita pública e determinada despesa, sendo introduzido em nosso diploma constitucional no regime da carta de 1967[396], sendo mantido com a Emenda Constitucional nº 1/69[397]. Nossa Constituição também albergou o preceito[398] restringindo a possibilidade de vinculação às hipóteses de transferências aos Estados e Municípios, às ações e serviços públicos de saúde, manutenção e desenvolvimento do ensino e realização de atividades da administração tributária, além da prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita e ações e a concessão de garantia de transferências constitucionais aos Estados e Municípios, em relação às dívidas destes entes com a própria União.

As hipóteses de vinculação de receita estão exaustivamente previstas em lei, sendo estas:

> a) fontes especificadas constitucionalmente (artigos 158 e 159) destinadas aos Estados e Municípios em decorrência da aplicação da regra do federalismo fiscal;

---

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[396] Constituição de 1967. Art 65 - O orçamento anual dividir-se-á em corrente e de capital e compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Poderes, órgãos e fundos, tanto da Administração Direta quanto da Indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. [...] § 3º - Ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, instituir tributos cuja arrecadação constitua receita do orçamento de capital, vedada sua aplicação no custeio de despesas correntes.

[397] Constituição de 1967/69. Art. 62. O orçamento anual compreenderá obrigatoriamente as despesas e receitas relativas a todos os Podêres, órgãos e fundos, tanto da administração direta quanto da indireta, excluídas apenas as entidades que não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento. [...] § 2º Ressalvados os impostos mencionados nos itens VIII e IX do artigo 21 e as disposições desta Constituição e de leis complementares, é vedada a vinculação do produto da arrecadação de qualquer tributo a determinado órgão, fundo ou despesa. A lei poderá, todavia, estabelecer que a arrecadação parcial ou total de certos tributos constitua receita do orçamento de capital, proibida sua aplicação no custeio de despesas correntes.

[398] Constituição de 1988. “Art. 167. São vedados: [...] IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;” [...]”§ 4.º É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156, e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta.”

b) destinação especificada de recursos não especificados para a realização de atividades da administração tributária;

c) prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita;

d) prestação de garantia ou contragarantia de Estados e Municípios à União;

e) percentual das receitas decorrentes de impostos e transferências (18% para a União e 25% para os Estados e Municípios) aos gastos com educação, além de especificar a vinculação dos recursos decorrentes das contribuições sociais aos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde do educando[399];

f) fontes especificadas constitucionalmente para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, nos termos do artigo 195 e 198;

g) fontes de receita especificadas voltadas para o atendimento das finalidades do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Emenda Constitucional nº 31/2000);

h) fonte de receita formada por multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras, para manutenção do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas[400];

---

[399] Constituição de 1988. Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] § 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. Veja ainda a Lei nº 11.494/2007 que regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

[400] Emenda Constitucional nº 45/2004. “Art. 3º - A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”.

> i) fundo especificado formado pelos valores arrecadados a título de custas e emolumentos, com destinação exclusiva ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça[401];
>
> j) contribuições econômicas[402] e;
>
> k) contribuição social com destinação e vedação especificada no artigo 167, XI da Constituição Federal, devendo ser utilizada para a realização de despesas decorrente do pagamento de benefícios do regime geral da previdência social, como especificados do artigo 201 da CF.

Também constitui elemento vinculado à alteração do orçamento a disposição que regula a abertura de crédito suplementar ou especial, afirmando que esta apenas se legitima mediante a existência de prévia autorização legislativa e indicação dos recursos correspondentes. A abertura de crédito extraordinário[403] possui regramento ainda mais restrito, vinculado ao atendimento de despesas imprevisíveis e urgentes, exemplificando com as despesas que decorrem de guerra, comoção interna ou calamidade pública, hipótese em que poderá ser utilizado o mecanismo da Medida Provisória para sua abertura, excepcionando, pois se trata de situação diversa, a regra da exigência de prévia autorização parlamentar.

Desta forma, as receitas provenientes destas fontes estão constitucionalmente vinculadas, devendo ser inclusas no orçamento com a destinação previamente estabelecida no texto constitucional, inexistindo opção na fixação desta parte da norma orçamentária. Some-se a tal vinculação a previsão

---

[401] Constituição Federal. Artigo 98. § 2º - As custas e emolumentos serão destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça

[402] Conforme autorização do artigo 149 da CF, a seguir transcrito: “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.”

[403] Constituição Federal. Artigo 167. São vedados: [...]V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes; [...] § 3º - A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

existente na lei de responsabilidade fiscal[404] relativamente às despesas que fixarem para o ente a obrigação legal de sua execução de despesa criada por lei ou ato normativo por período superior a dois exercícios; as destinadas ao pagamento do serviço da dívida e as decorrentes da implementação do reajuste anual dos servidores públicos. As despesas enunciadas na legislação devem ser consideradas na elaboração do orçamento, não sendo possível furtar-se ao seu implemento na lei orçamentária, em nítida e estrita observância do princípio da legalidade.

5.2.2 Vinculação na elaboração do orçamento e os precatórios judiciais

O orçamento anual é aprovado pelo Congresso Nacional e se materializa por uma lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Todavia a iniciativa do Poder Executivo não significa ampla possibilidade de disposição da matéria pertinente ao orçamento anual em relação ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e a Defensoria Pública.

O Poder Legislativo[405], o Poder Judiciário[406], o Ministério Público[407] e a Defensoria Pública[408], em razão da autonomia orçamentária deverão elaborar suas

---

[404] Lei Complementar nº 101/2000. “Art. 17 - Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. [...]§ 6o O disposto no § 1o não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.”

[405] Não existe previsão constitucional para a submissão da proposta de orçamento do Poder Legislativo ao Executivo para fim de consolidação. A disposição neste sentido é feita pela LDO. Como exemplo ver Lei nº 12.017, de 12 de agosto de 2009. “Art. 14 Os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público da União encaminharão à Secretaria de Orçamento Federal do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio do Sistema Integrado de Dados Orçamentários – SIDOR, até 15 de agosto de 2009, suas respectivas propostas orçamentárias, para fins de consolidação do Projeto de Lei Orçamentária de 2010, observadas as disposições desta Lei.”

[406] Constituição Federal. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. § 1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

[407] Constituição Federal. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] § 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

propostas orçamentárias dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, cabendo ao Poder Executivo receber as propostas e unificá-las, consolidando-as de sorte a resultar em uma proposta equilibrada, procedendo a sua remessa ao Poder Legislativo[409].

Ao Poder Executivo não é possível a alteração material da proposta de orçamento apresentada, cabendo-lhe apenas e tão-somente o recebimento da proposta e realização de ajustes, caso esta tenha sido apresentada em desconformidade com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Ocorrendo a hipótese de omissão no encaminhamento pelos órgãos acima mencionados, caberá ao Poder Executivo considerar, para fins de consolidação da proposta orçamentária anual, os valores aprovados na lei orçamentária até então vigente, observados os limites da LDO.

Até esta fase existe uma vinculação na apresentação da proposta orçamentária a ser realizada pelo Poder Executivo, contudo não existe nenhuma vinculação do Poder Legislativo na aprovação dos valores que lhes foram submetidos, podendo modificá-los ou suprimi-los, observada a limitação específica constantes do artigo 166 § 3º, II da CF.

Contudo, deve ser observada, dentre do contexto específico do orçamento do Poder Judiciário, a disposição do artigo 100, § 5º da Constituição Federal[410] que estabelece ao administrador e ao legislador a obrigatoriedade da inclusão no orçamento das verbas destinadas ao pagamento dos precatórios devidos pela

---

[408] Constituição Federal. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. [...] § 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º.

[409] A respeito da elaboração do orçamento relativo ao Poder Judiciário, inclusive durante as etapas administrativa e política, ver Conti (2006).

[410] Constituição Federal. “Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. [...] § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente”.

Fazenda Pública em decorrência de sentença judiciária. A disposição constitucional não deixa alternativa, senão a elaboração do orçamento com valores necessários ao implemento da obrigação decorrente da necessidade do cumprimento da decisão judicial desfavorável ao ente público.

A ausência de atuação do chefe do Poder Executivo, ao deixar de elaborar a proposta orçamentária levando em consideração os precatórios apresentados para pagamento até o dia 1º de julho, implica o cometimento de crime de responsabilidade. Esta assertiva se justifica pela obrigação de apresentação do projeto de lei orçamentária anual (artigo 10, 1 da Lei nº 1079/50 c/c art. 35, § 2º, III do ADCT da Constituição Federal), apresentação esta que deverá ocorrer consoante a disciplina do citado artigo 100, § 5º da CF, ou seja, com a inclusão de valores bastantes para pagamento dos precatórios judiciais apresentados até a data limite[411]. Tratando-se de projeto de iniciativa privativa do Presidente da República, a tramitação do processo de impedimento pelo cometimento de crime de responsabilidade é de competência sucessiva da Câmara dos Deputados (artigo 51, I da CF) e do Senado Federal (artigo 52, I e § único da CF). Não possuímos notícia da abertura ou condenação de chefe do poder executivo por este tipo especial de infração político/administrativa[412].

A ausência de atuação, seja do administrador ao propor o projeto de LOA, seja do Parlamento em não votar os créditos necessários, impõe o gravame da intervenção à pessoa jurídica de direito público omissa[413], nos precisos termos do artigo 34, caso de trate de intervenção da União nos Estados-Membros ou no

---

[411] Por abundância ver também o artigo 12, 4 da citada Lei nº 1079/50.

[412] A pesquisa realizada enfatizou a ocorrência em relação ao chefe do Poder Executivo da União, sendo possível verificar que semelhante situação repete-se em relação aos demais entes da Federação. Todavia, logramos localizar uma decisão que trata do cometimento de crime de responsabilidade tendo em vista a disciplina dos precatórios, mas fora da hipótese acima prevista. Trata-se da Ação Penal no STF nº 503, relativa ao ato praticado pelo então prefeito de Curitiba - Cássio Taniguchi. O órgão ministerial acusou o prefeito de ter determinado o pagamento de precatório por um imóvel desapropriado no centro da cidade de Curitiba, com recursos do empréstimo do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), preterindo diversos precatórios anteriores, burlando, assim, a ordem dos precatórios. O fundamento da condenação por crime de responsabilidade foi a infringência do artigo 1º, IV e V do Decreto-Lei nº 201/1967. O julgamento, com relatoria do Ministro Celso de Mello, reconheceu a conduta delituosa, porém pronunciou a prescrição. A data do julgamento foi em 20 de maio de 2010 e o acórdão ainda não foi publicado.

[413] Ver ADI nº 1662. Relator Ministro Maurício Corrêa

Distrito Federal, ou do artigo 35, ambos da Constituição Federal, caso se trate de intervenção dos Estados em municípios de seu território ou da União em municípios situados em Território Federal.[414] Observe-se a decisão do STF abaixo reproduzida que retrata as possibilidades existentes em nosso ordenamento em caso de descumprimento do mandamento acima reproduzido:

> A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas consequências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de impeachment), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios).” (IF 590-QO, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-9-1998, Plenário, DJ de 9-10-1998.)

Lamentavelmente, esta decisão não tem sido o paradigma na aplicação do direito pelo Supremo Tribunal Federal, observada a hipótese de descumprimento do mandamento do artigo 100 da CF. A norma constitucional deve ser cumprida, sendo que as hipóteses de possibilidade de descumprimento devem ser restritas ao mínimo necessário, em respeito à situações-limite que podem acontecer e que revelariam a impossibilidade de decretar a intervenção. É a situação onde se verifica a impossibilidade material absoluta de pagamento dos débitos da Fazenda Pública.

---

[414]Não nos escapa a discussão realizada no STF quanto à aplicação da intervenção federal em hipótese de descumprimento da obrigação de incluir a verba no orçamento ou efetuar o pagamento devido. Destaco a decisão proferida na IF nº298, com a seguinte ementa, pois ilustrativa do debate: “INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido.”

Nesta situação, a intervenção não teria resultado prático, pois nada seria possível realizar para além do descumprimento envergonhado pela insolvência pública. Porém, para além desta cuidadosa ponderação pelo STF na decretação de intervenção, vemos que aquela Corte tem-se mostrado avara[415] na validação de pedido de intervenção por descumprimento de decisão judicial, restrita esta à situação em que se visualiza a intenção de descumprir a decisão, para além da consideração ou discussão sobre a capacidade de pagamento do ente público ou qualquer outro argumento capaz de afastar a consequência natural para o descumprimento. Ou seja, o STF compreende que a intervenção apenas poderá ocorrer na hipótese onde não houver qualquer outra razão a justificar ou pretender justificar o inadimplemento do Poder Público, ante a necessidade de manter o funcionamento dos demais serviços públicos desenvolvidos pelo órgão público em mora, possivelmente afetado pela intervenção e pagamento do credor preterido[416].

Claro que esta situação pode ser resolvida pela aplicação do disposto no artigo 30, § 7º da Lei de Responsabilidade Fiscal[417], levando o devedor público a

---

[415] Considerando exclusivamente a atuação do STF, logrei encontrar um único caso onde esta Côrte tenha deliberado pela intervenção federal em hipótese de descumprimento de decisão judicial, o que demonstra o parco uso deste preceito constitucional, consoante a seguir transcrito: "IF 46 / MT - MATO GROSSO. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator: Min. LAFAYETTE DE ANDRADA. Julgamento: 11/11/1965. Publicação: DJ 23-03-1966. Ementa: EXECUÇÃO DE SENTENÇA JUDICIÁRIA. INTERVENÇÃO FEDERAL COM APOIO DO ARTIGO 7º, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DECISÃO UNÂNIME."

[416] Existe um limite para o Direito, pelo que não discordamos da decisão que considera a impossibilidade material um limite objetivo para justificar a recusa à intervenção. Todavia, tal apenas poderia ser considerado na inexistência de qualquer outra possibilidade. No caso específico do Estado de São Paulo, apenas para exemplificar, o argumento da impossibilidade material de pagamento de suas dívidas persiste pelo menos desde 03 de fevereiro de 2003, consoante decisão a seguir transcrita: "IF 2915 / SP - SÃO PAULO. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 03/02/2003. INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido". Não me parece que até hoje a questão do pagamento dos precatórios do Estado de São Paulo tenha sido resolvido judicialmente e a decisão acima transcrita persiste sendo usada como paradigma de atuação judicial em situações semelhantes.

[417] Lei Complementar nº 101/2000. "Art. 30. No prazo de noventa dias após a publicação desta Lei Complementar, o Presidente da República submeterá ao: I - Senado Federal: proposta de limites globais para o montante da dívida consolidada da União, Estados e Municípios, cumprindo o que estabelece o inciso VI do art. 52 da Constituição, bem como de limites e condições relativos aos incisos VII, VIII e IX do mesmo artigo; II - Congresso Nacional: projeto de lei que estabeleça limites para o montante da dívida mobiliária federal a que se refere o inciso XIV do art. 48 da Constituição, acompanhado da demonstração de sua adequação aos limites fixados para a dívida consolidada da União, atendido o disposto no inciso I do § ºo deste artigo. [...]§ 7º Os precatórios judiciais não pagos durante a execução do orçamento em que houverem sido incluídos integram a

uma situação de adimplemento forçado dos débitos judiciais. Todavia, a Resolução nº 40/2001 do Senado Federal criou uma distinção singular, considerando incluídos, na dívida pública consolidada, os precatórios expedidos a partir de 5 de maio de 2000. Ou seja, os expedidos anteriormente e não pagos estão fora dos ditames previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal, flexibilizando as normas de saneamento da dívida pública e conduzindo estes credores a uma situação em que o recebimento destes valores poderá ficar *"ad kalendas græcas"*[418].

5.2.3 A elaboração do orçamento e a distinção entre as despesas discricionárias e vinculadas

Ora, as despesas obrigatórias têm o seu montante potencialmente determinado por disposições legais ou constitucionais. Ao revés, as despesas cuja inserção no orçamento não decorre de expressa disposição legal podem ser contempladas no orçamento, conforme a opção política para cumprimento dos dispositivos legais vinculantes da atividade da administração, sendo fixadas em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros. Vale relembrar que na tramitação da Lei Orçamentária Anual antecede a fase de apresentação de emendas à indicação do Relator da Receita, cuja tarefa é proceder à estimativa de receita e do impacto das emendas apresentadas, com auxílio da comissão permanente de avaliação de receita. A apreciação deste relatório antecede a apreciação do relatório

---

dívida consolidada, para fins de aplicação dos limites." E mais o artigo 31: Art. 31. Se a dívida consolidada de um ente da Federação ultrapassar o respectivo limite ao final de um quadrimestre, deverá ser a ele reconduzida até o término dos três subseqüentes, reduzindo o excedente em pelo menos 25% (vinte e cinco por cento) no primeiro. § 1º Enquanto perdurar o excesso, o ente que nele houver incorrido: I - estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária; II - obterá resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho, na forma do art. 9º; § 2º Vencido o prazo para retorno da dívida ao limite, e enquanto perdurar o excesso, o ente ficará também impedido de receber transferências voluntárias da União ou do Estado. § 3º As restrições do § 1º aplicam-se imediatamente se o montante da dívida exceder o limite no primeiro quadrimestre do último ano do mandato do Chefe do Poder Executivo." Veja-se a aplicação desta norma à questão dos Precatórios vencidos na Emenda Constitucional nº 62 e Resolução nº 115 do CNJ

[418] Para as calendas gregas. Para um melhor tratamento da questão relativa situação dos precatórios e a Resolução nº 40/2001 do Senado Federal, remeto o leitor para o texto "A Dívida Pública após 10 anos da LRF ou como a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República" (SCAFF)

preliminar e fixa o montante disponível à apresentação de emendas pelo parlamentares. As despesas discricionárias passíveis de apresentação pelos parlamentares devem observar este limite, pelo que na elaboração do orçamento o limite dos gastos discricionários possui uma razão em relação ao montante da receita, com a exclusão das despesas obrigatórias.

Observe-se no quadro abaixo a relação entre as despesas obrigatórias e discricionárias na elaboração do orçamento, sendo possível verificar que as despesas passíveis de eleição são infinitamente inferiores às despesas obrigatórias, significando a nítida vinculação da majoritária parte do orçamento anual. Este quadro representa o orçamento de 2009, sendo que de um total orçado de R$ 1.705.173.824.197,00 vamos ter o montante de R$ 1.016.434.046.623,00 de despesas obrigatórias, representando 67,7% do orçamento vinculado pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a atuação da Administração Pública.

Execução por Grupo de Natureza de Despesa					É permitida a reprodução desde que citada a fonte www.contasabertas.com. Dados Atualizados até: 29/06/2010 - Exercício: 2009 - Fonte: Siafi/SIGA Brasil
Grupo de Natureza de Despesa	**Valor Autorizado**	**Valor Empenhado**	**Valor Pago**	**Restos a Pagar Pago**	**Valor Total Pago**
PESSOAL E ENCARGOS SOCIAIS	169.163.604.713,00	167.066.259.272,47	165.358.867.649,37	1.027.647.770,96	166.386.515.420,33
JUROS E ENCARGOS DA DÍVIDA	164.928.400.781,00	124.609.209.923,99	123.963.343.267,44	27.151.497,68	123.990.494.765,12
OUTRAS DESPESAS CORRENTES	562.025.697.311,00	526.781.421.593,46	483.784.921.403,50	27.112.545.315,50	510.897.466.719,00
INVESTIMENTOS	57.068.263.107,00	45.855.635.764,27	13.959.424.246,67	18.191.968.486,99	32.151.392.733,66
INVERSÕES FINANCEIRAS	49.184.670.064,00	34.153.769.812,03	26.557.282.482,84	1.923.819.390,83	28.481.101.873,67
AMORTIZAÇÃO DA DÍVIDA	682.342.031.129,00	517.911.999.543,91	517.678.960.005,32	45.091.294,01	517.724.051.299,33
RESERVA DE CONTINGÊNCIA	20.461.157.092,00	0,00	0,00	0,00	0,00
Total	1.705.173.824.197,00	1.416.378.295.910,13	1.331.302.799.055,14	48.328.223.755,97	1.379.631.022.811,11

A observância destes requisitos legais na elaboração do orçamento é passível de verificação pelos procedimentos internos do Parlamento e do Executivo na etapa de elaboração da norma e pelo Poder Judiciário, como elemento de controle “a posteriori” da legalidade da atuação do Poder Público.

No controle da legalidade realizada pelo Poder Judiciário já tivemos a oportunidade de destacar a evolução da jurisprudência do STF no enfrentamento da questão atinente ao controle concentrado de constitucionalidade das normas constantes do sistema orçamentário. Dentre a jurisprudência citada, vale destacar a evolução dos julgados a partir da decisão proferida na ADI nº 203[419], especificamente no que concerne à possibilidade do controle na elaboração do orçamento. Neste processo já observamos que foi questionada a legitimidade constitucional de emenda parlamentar, aprovada pelo Congresso Nacional e não vetada pelo Presidente da República, através da qual se retira recursos de Fundo para manutenção de atividade de fiscalização federal, destinando-o à finalidade diversa do mandamento constitucional. A decisão, apesar de considerar a infringência à Constituição, sustenta que se materializaria em um ato em concreto e, como tal, seria insusceptível de controle abstrato de constitucionalidade, entendimento mantido pela decisão proferida na ADI nº 1716[420], em que temos o questionamento da realização de modificação da legislação orçamentária pela via da Medida Provisória. Assim, asseverou que as manifestações típicas do poder de controle do Congresso Nacional sobre a administração, as autorizações legislativas reclamadas pela Constituição são logicamente incompatíveis com a sua antecipação por medida provisória. Inobstante este reconhecimento, que revela a convicção da impertinência constitucional da Medida provisória editada, o relator afirmou que tais atos de legislação orçamentária - sejam os de conformação original de orçamento anual de despesa, sejam os de alteração dela, no curso do exercício - são exemplos de leis formais. Atos administrativos de autorização com a forma de lei, de efeitos

---

[419] Ver nota 304

[420] Ver nota 306

concretos e limitados que, por isso, o Supremo Tribunal tem subtraído da esfera objetiva do controle abstrato de constitucionalidade de leis e atos normativos.

O argumento relativo à inexistência de impugnação contra ato de conteúdo normativo também esteve presente na apreciação realizada pelo STF no julgamento da ADI n. 1640[421]. A matéria discutida neste julgamento estava cingida à destinação orçamentária de receita vinculada a ações de saúde e destinadas ao pagamento de serviço da dívida, contrariando a norma constitucional vinculadora. A decisão, harmônica com a então jurisprudência da Corte, deixou de apreciar a constitucionalidade em processo abstrato. Nos processos acima referenciados temos o reconhecimento da possível ilegalidade do procedimento, o que implicaria a procedência do pedido em sede de controle difuso de constitucionalidade, porém a apreciação foi obstada pela concepção a respeito do cabimento do controle concentrado para este tipo de norma.

Como se verifica, o STF possuía uma posição especialmente conservadora ante a possibilidade de sua atuação no controle concentrado da norma violadora da Constituição. Admitia a ilegalidade, mas quedava-se ante a concepção da materialização do orçamento como ato administrativo, deixando às instâncias ordinárias a apreciação da violação do direito individual atingido com a ação do Poder Público. Contudo, evidenciava a ampla possibilidade do controle concreto da legalidade deste tipo de norma, na hipótese de violação ou ameaça de violação a direito (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal), perante as instâncias ordinárias do Poder Judiciário, com uso do meio processual mais apto ou mais efetivo para a realização desta proteção admitida até mesmo pela jurisprudência conservadora do Supremo Tribunal Federal.

A conclusão quanto à impossibilidade de apreciação foi mitigada na decisão proferida no julgamento da ADI nº 1911[422] que analisou a validade constitucional em ação direta de legislação contida em Lei de Diretrizes Orçamentárias do Estado do

---

[421] Ver nota 312

[422] Ver nota 315

Paraná para o exercício de 1999, que fixou o limite de 7% (sete por cento) de participação do Poder Judiciário na receita geral do Estado totalmente à sua revelia. Neste caso, a ação foi admitida e a cautelar deferida, considerando existir uma violação à Constituição na norma temporária que fixa um limite ao Poder Legislativo na elaboração do orçamento do Poder Judiciário Estadual.

Todavia a autêntica inovação na forma como o STF encara o controle concentrado das normas orçamentárias aparece no julgamento da ADI-MC 4167[423]. Nesta decisão o STF admitiu a possibilidade de apreciação em sede de controle concentrado do argumento de violação ao artigo 169, realizando um exame de matéria fática e permitindo a deliberação a respeito da compatibilidade entre a norma e as disposições da LDO e LOA, pelo menos enquanto presunção de compatibilidade. Destaco que nesta decisão o STF tece considerações sobre matéria fática em sede de controle abstrato, investigando a pertinência do conteúdo da norma questionada e a disposição constitucional (no caso o artigo 169 da Constituição Federal), considerando a aptidão do controle abstrato para realizar esta investigação, ao invés de simplesmente atribuir tal função às instâncias ordinárias do Poder Judiciário. No rumo desta evolução, vemos o decidido na ADI nº 2925-8[424], em que o STF considerou ser possível o controle concentrado de constitucionalidade de legislação orçamentária, em típico ato normalmente considerado insusceptível de apreciação pelo controle abstrato. No caso os recursos arrecadados com fundamento no artigo 177, § 4º da Constituição Federal deveriam ser obrigatoriamente utilizados para o cumprimento de finalidades especificadas, o que não era realizado pela legislação questionada. Neste julgamento foi reconhecida a possibilidade da realização de controle concentrado de constitucionalidade da norma do orçamento, superando os argumentos pertinentes à temporariedade, generalidade e abstração, para afirmar a necessidade de efetiva normatização de disposição constitucional que prevê a existência de receita vinculada a determinado emprego. No mesmo sentido, isto é, considerando a possibilidade da apreciação da

---

[423] Ver nota 351

[424] Ver nota 329.

compatibilidade entre a norma do orçamento e os limites impostos pela Constituição relativamente ao limites na elaboração do orçamento foi o julgamento realizado na ADI 820[425], desta feita considerando os limites postos para os investimentos em educação. Nesta última decisão a deliberação considerou o limite estabelecido no artigo 212 da Constituição Federal e apreciou a validade constitucional da destinação de 10% destas verbas para a manutenção das escolas públicas, tendo considerado que a vinculação da vinculação viola o direito da Administração de realizar a opção política melhor adequada a seu juízo, engessando, para além do comando normativo da Constituição Federal, a condução normal dos negócios públicos, cuja primazia na aplicação reconheceu ao Poder Executivo[426].

Desta forma é possível verificar que o STF passa a considerar admissível a verificação da pertinência entre os limites postos na Constituição e a lei orçamentária, denotando uma nova concepção de controle concentrado de constitucionalidade, lentamente abandonando a posição restritiva que formava sua jurisprudência.

Contudo, a consolidação da alteração na concepção de julgamento das ações de controle concreto, em face do sistema do orçamento, efetivamente acontece com a apreciação da ADI nº 4048[427]. O marco deste julgamento é o explícito enfrentamento da jurisprudência anterior, com a apreciação dos argumentos que por longos anos formaram a base da jurisprudência da Corte sobre legislação orçamentária, passando a servir como nova referência sobre a forma como o Tribunal considera a violação dos limites postos na Constituição quanto à conformação do orçamento e à própria prioridade na forma da superação desta violação. Na jurisprudência anterior, proclamava-se a impossibilidade do controle

---

[425] Ver nota 343.

[426] Observo que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul majorou o percentual vinculado de 25% (artigo 212 da Constituição Federal) para 35% (artigo 202 da Constituição Estadual) sem que esta majoração fosse impugnada na ADI, contudo incidentalmente, o Tribunal manifestou-se sobre a elevação, consoante trecho do voto do Ministro Marco Aurélio que segue: “Senhor Presidente, apenas para refletir em voz alta, lanço algumas ideias. Quanto ao artigo 202, não existe a menor dúvida de que ele é harmônico com a Carta da República, a qual fixa um piso, 25%. Evidentemente, se a unidade da Federação vai adiante e estabelece um percentual maior, não há o conflito. É urna opção política - e até louvável, porque voltada à educação.”

[427] Ver nota 352.

concreto e facultava-se a apreciação da questão sob a forma do controle difuso. A partir do julgamento acima mencionado temos a inversão desta prioridade, pois se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas. Assim, a jurisdição constitucional abstrata pode ser o único e principal momento de verificação de sua compatibilidade com a Constituição. Reafirmando esta posição temos o julgamento da ADI nº 4049[428]. Em ambas as decisões, vemos a preocupação da maioria formada com o procedimento de tramitação harmônico da matéria orçamentária com a Constituição Federal e na necessidade de afirmar a normatividade do texto constitucional, expurgando do ordenamento jurídico toda e qualquer lei em sentido formal que o contrarie, tanto sob o ponto de vista material, como sob o ponto de vista formal, criando normas em desacordo com os limites postos.

Por derradeiro, tratando-se da jurisprudência do STF sobre esta questão, parece relevante destacar o julgamento da medida cautelar na DI nº 3949[429], em que era questionada a dicção da LDO ao orçamento de 2008. O autor pretendia retirar da previsão de receita do Projeto de Lei Orçamentária de 2008 e da respectiva lei, propostas de alterações na legislação tributária e das contribuições, inclusive de desvinculação de receitas, que sejam objeto de proposta de emenda constitucional, de projeto de lei ou de medida provisória que esteja em tramitação no Congresso Nacional. Novamente, foi enfrentada a questão pertinente ao descabimento do controle abstrato para a verificação da compatibilidade constitucional das leis do orçamento, tendo reafirmado sua posição no sentido de considerar legitima a atuação do STF na fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de

---

[428] Ver nota 370.

[429] Ver nota 368.

seu objeto. A decisão de mérito foi no sentido de investigar a possibilidade de atuação do Executivo em encaminhar a proposta e do Congresso Nacional em apreciá-la validamente, concluindo ser possível o procedimento realizado por estes Poderes na conformação do orçamento 2008.

Desta forma, consideramos possível e situada dentro de nosso horizonte a realização do controle judicial, em sede difusa ou concentrada, da elaboração das normas integrantes do sistema orçamentário quando descumpridas as balizas constitucionais limitadoras.

Como se verifica, o leque possível da verificação da constitucionalidade tem sido lentamente ampliado, conformando um novo patamar de controle dos atos que criam ou modificam a legislação do orçamento. Não temos um novo ordenamento formal que instituiu um padrão diferenciado de controle, temos uma nova apreciação dos poderes conferidos ao Poder Judiciário em geral e especificamente ao Supremo Tribunal Federal para enfrentar a violação da Constituição pela infringência dos limites constitucionais ao modo de elaboração da lei do orçamento.

A alteração na concepção do STF ainda não se completou. Como é possível verificar não existe uma unanimidade da Corte na possibilidade do enfrentamento da matéria fática, especialmente quando é contratada com a liberdade de atuação da Administração Pública.[430] Todavia, uma maioria parece estabilizada no sentido da necessidade da investigação quando estiver em causa a normatividade da Constituição. Nesta forma de atuação o STF assume a verdadeira função de guardião da Constituição (artigo 102, caput da Constituição Federal), priorizando o mecanismo de controle abstrato, ante seu mecanismo de conformação imediata do ordenamento, retirando, com efeito geral e vinculante, a norma considerada incompatível com a Constituição. Neste sentido está aberto o caminho para a ampla

---

[430] Destaco a emissão de sinais aparentemente contraditórios na jurisprudência do STF quanto a possibilidade de controle de constitucionalidade da norma orçamentária em função do princípio da separação de poderes. Neste sentido é a citada decisão proferida na ADI n 820, onde o STF considerou inconstitucional uma expressa opção parlamentar e constitucional estadual em utilizar determinado percentual orçamentário para a conservação das escolas públicas, desconsiderando a decisão política tomada pelo Parlamento na utilização de parte do orçamento, priorizando a liberdade de atuação do Executivo, mesmo diante da normatividade da Constituição Estadual. Ver notas 343 e 426.

possibilidade de verificação da conformidade da formação do orçamento em relação aos dispositivos da Constituição, adequando aquela espécie de norma aos limites posto à atuação do Poder Público, mesmo reconhecendo o juízo político que certa a formação das leis orçamentárias.

5.2.4 A perspectiva de controle pela inação na inclusão de despesas obrigatórias na formação do orçamento

Cremos ser necessário enfrentar um aspecto acerca da possibilidade de controle judicial na elaboração do orçamento público que não diz respeito aos limites objetivos postos nas normas constitucionais que delimitam a elaboração do orçamento no sentido acima enunciado. Refiro-me à hipótese da inação do ente administrativo e/ou legislativo quando deixam de contemplar no orçamento a provisão de verbas para o custeio de despesas consideradas obrigatórias por nossa legislação.

Conforme já estabelecido temos uma distinção em termos orçamentários entre as despesas obrigatórias e discricionárias, consideradas aquelas como decorrentes de preceito de lei para implemento cogente pelos Poderes Públicos. A inação do Executivo, em incluir na proposta orçamentária de rubrica para atender despesa considerada obrigatória ou em proceder sua dotação em valores bastantes para atendimento da demanda, é matérias sobre a qual ainda não houve uma reflexão do STF.

Contudo, tendo em vista os pressupostos estabelecidos pelas recentes decisões do STF acima mencionadas, nada impede a evolução jurisprudencial para atender a esta modalidade de violação do texto constitucional e solucioná-la. Para o combate ao procedimento omisso do Poder Público, temos a solução do constituinte

de 1988 com a criação da Ação de Inconstitucionalidade por Omissão[431]. Sua finalidade é dar concretude a mandamentos constitucionais que estejam destituídos de eficácia por falta de norma que as complemente, realizando a defesa objetiva da Constituição, visando à preservação da integralidade normativo-constitucional. Não se destina à defesa de direitos subjetivos, mas sim à tutela da própria completude do ordenamento constitucional (CUNHA JUNIOR, 2004, p.540). Sua incidência está sobre as normas de eficácia limitada, que carecem de regulamentação para exercício pleno de suas potencialidades, sem a perda de sua normatividade no sentido de impedir a atuação do legislador e do administrador em sentido contrário à disposição constitucional carente de regulamentação (SILVA, 1999, p. 164). Pretende suprir a omissão do dever-poder de regulamentação pertinente à norma jurídica constitucional, aplicando-se quando o texto da Constituição não for suficiente para a produção dos efeitos mediatos em razão da ausência de colmatação legal ou infralegal, quando for hipótese de regulamentação mediante ato administrativo em sentido estrito (AGRA, BONAVIDES; AGRA, 2009, p.1365). Todavia, a viabilidade desta ação para a realização desta modalidade de controle esbarra na concepção tradicional do Supremo Tribunal Federal, subordinante de sua plena aplicabilidade à doutrina da separação de poderes[432]. A evolução da jurisprudência do Supremo

---

[431]Constituição Federal: Artigo 103,§ 2º - "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

[432]Veja-se decisão proferida na ADI nº 1458 MC, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada em 23 de maio de 1996, cujo trecho de voto transcrevo a seguir: - "[...] A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.". Este entendimento vem sendo paulatinamente superado no sentido de impingir maior eficácia a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, culminando com o decidido na ADI nº 875 (relatada pelo Ministro Gilmar Mendes e julgada em 24 de fevereiro de 2010) onde se reconhece a possibilidade da concessão de prazo para sanar a omissão e a própria fungibilidade entre a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO, conforme ementa a seguir: "Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.° 875/DF, ADI n.° 1.987/DF, ADI n.° 2.727/DF e ADI n.° 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar n° 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012".

enunciada no julgamento da ADI ainda não chegou às Ações de Inconstitucionalidade por Omissão[433]

Nada impede o manejo de outros mecanismos processuais para a obtenção do bem da vida desejado, com as vantagens e desvantagens decorrentes da diferença entre os controles concentrado e difuso. O que deve ser afirmando é a possibilidade do controle do ato omissivo quando for violada norma constitucional que impõe a inclusão de despesa obrigatória na norma do orçamento, pela própria garantia da efetividade da Constituição.

É perfeitamente possível ao Poder Judiciário a determinação para concretizar políticas públicas constitucionalmente definidas, cujos recursos estejam previstos na legislação e posto à disposição do Poder Público para sua exigibilidade mediante sua inclusão na lei do orçamento. A inação na elaboração do orçamento em relação a tais despesas implica negar validade a um texto constitucional considerado de tamanha importância que a sua própria fonte de custeio foi estabelecida, em exceção ao princípio da não-afetação dos tributos.

A Constituição assegura prioridade orçamentária para a execução de determinadas despesas e por conta desta opção do legislador constituinte, é obrigatório para o Poder Executivo, ao elaborar o orçamento, destinar as verbas vocacionadas à implementação desses direitos. Em atenção ao princípio da legalidade, constante no artigo 37, “caput” da Constituição Federal, é defeso ao Poder Público, compreendido nesta noção o Poder Executivo e o Legislativo, agir discricionariamente quanto à oportunidade da implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas. Se tal procedimento é defeso ao Executivo e ao Legislativo, também o é ao Poder Judiciário que não pode deixar de dar eficácia a este tipo de norma constitucional, corrigindo a atuação em descompasso com a Constituição.

---

[433] A partir da criação da classe processual da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO temos como registrado no STF o ajuizamento de oito ações desta natureza e nenhuma teve julgamento de mérito pronunciado, com duas extinções sem apreciação do mérito e seis em tramitação.

A norma constitucional vincula os Poderes do Estado, que deve estabelecer um planejamento, de sorte a dotar as despesas obrigatórias dos recursos efetivos para seu implemento, sob pena de ensejar o procedimento de suplementação orçamentária prevista no artigo 167, V da Constituição Federal. Portanto é necessária a correspondência entre as estimativas realizadas pelos mecanismos de planejamento do Poder Executivo permitindo a elaboração de programação mais próxima da realidade quanto possível, de sorte a possibilitar o cumprimento dos projetos e programas espelhados no orçamento. Na hipótese de insuficiência pontual das dotações para o atendimento das despesas obrigatórias, deverá ser realizado o cancelamento de despesa orçada, excetuadas as previstas no artigo 166, II, “a”, “b” e “c”, o que apenas poderá incidir sobre as despesas discricionárias. O Executivo e o Legislativo na montagem do orçamento possuem o dever de corresponder necessidade e recurso, sendo evidentemente desarmônica com o mandamento constitucional a alocação de recursos manifestamente insuficientes para atendimento das necessidades que devem ser cumpridas pelo orçamento, impondo a correção.

Como vimos não existe uma segura orientação do STF quanto a este tipo de omissão na conformação do orçamento, sendo possível constatar alguns indícios do sentido de uma possível evolução de sua jurisprudência a partir de algumas decisões monocráticas pronunciadas pela Presidência da Corte em pedidos de Suspensão de Segurança. Veja-se o decidido na Suspensão de Liminar SL nº 263 / RJ – Rio de Janeiro, apreciada em 14 de outubro de 2008 pelo Ministro Gilmar Mendes, em que era questionada decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que determinou fosse restabelecido, no prazo máximo de 10 (dez) dias, o pleno funcionamento do serviço essencial de educação nos quadros de professores do Município de São João de Meriti, sob pena de pagamento da multa diária no valor de R$ 10.000,00 reais. O pronunciamento da Presidência do STF foi no sentido de manter a decisão quanto a obrigatoriedade, desconsiderando a omissão na composição do orçamento municipal, por se tratar de despesa de conteúdo obrigatório. Veja-se determinada parte da decisão:

Se o Estado está obrigado (constitucional e legalmente) a implementar as políticas públicas destinadas às crianças e aos adolescentes, especialmente as de educação, deve assegurar recursos a esta área antes de fazê-lo a qualquer outra. O Poder Legislativo, igualmente vinculado às normas constitucionais relativas à educação e aos direitos das crianças e adolescentes, deve verificar se foram efetivamente alocados os recursos públicos indispensáveis para a concretização destes direitos. A doutrina da 'reserva do possível', neste ponto, tem que ser utilizada com imensa cautela. A escassez de recursos públicos não pode ser utilizada, indiscriminadamente, para justificar a omissão Estatal na área da Educação. Registre-se que, se a realização de concurso público implica planejamento a longo prazo, e se a transferência de professores de outros municípios implicaria comprometer o ensino em outras localidades, sempre resta ao poder público a contratação temporária desses profissionais, mediante processo seletivo simplificado. Não há qualquer prova nos autos que justifique a falta de professores em sala de aula. Na hipótese, o oferecimento irregular do ensino obrigatório pelo Estado do Rio de Janeiro deve ser coibido, conforme já destacado. O Poder Judiciário não está a criar políticas públicas, nem usurpa a iniciativa do Poder Executivo. A análise dos documentos juntados aos autos demonstra a verossimilhança das alegações do autor da ação civil pública. Assim, destaca o acórdão impugnado: 'No caso em tela, o Ministério Público indicou concretamente a situação omissiva causada pelo Estado do Rio de Janeiro, ora Agravante, definindo claramente a lide e atendendo ao princípio do contraditório, trazendo a inicial (cf. fls. 38/47) argumentos embasados em provas colhidas junto aos representantes das unidades escolares da rede estadual do Município de São João de Meriti e deixa claro, ao menos em sede liminar, o descumprimento pelo ente estadual de seu dever de oferecer serviço público de educação adequado aos alunos que dele necessita.' (fl. 11-112 do anexo)

[...]

A decisão impugnada apenas determina o cumprimento de política pública constitucionalmente definida (art. 208, caput, I, § 1º e §2º e art. 210, caput e e § 2º) e especificada de maneira clara e concreta no ECA e na LDB, inclusive quanto à forma de executá-la. Não há violação ao princípio da separação dos Poderes quando o Poder Judiciário determina ao Poder Executivo estadual o cumprimento do dever constitucional específico de oferecimento de ensino fundamental, pois a determinação é da própria Constituição, em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (art. 208, § 1º, CF/88).

Não é demais lembrar que uma distinção entre as despesas obrigatórias e as discricionárias é a impossibilidade de contingenciamento das primeiras[434]. O Poder Público não pode reduzir os recursos postos no orçamento em função do procedimento previsto no artigo 9º, § 2º da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)[435] Se os recursos não podem ser contingenciados e as receitas estão constitucionalmente previstas como expressão de políticas públicas, harmônicas com os fundamentos e objetivos da Constituição Federal que servem de lastro na construção do sistema orçamentário (SCAFF; SCAFF, 2009), a omissão do Poder Público atrai a possibilidade de controle da formação do orçamento para determinar sua realização, pois não é possível a realização de despesa pública sem a previsão orçamentária, nos termos do que determina o artigo 167, I e II da Constituição Federal[436], ressalvadas as situações excepcionais. Neste sentido foi o debate levado a cabo no julgamento da ADI nº 2925-8[437] quando o STF fixou a necessidade da inclusão dos recursos no orçamento, sem deliberar sobre a obrigação de dispêndio.

Ora, nada impede que o Poder Judiciário possa fazer valer, em relação às despesas obrigatórias, a necessidade de delimitação orçamentária, especialmente em cumprimento de políticas públicas definidas na Constituição, para as quais foram previamente definidos recursos, já que definidas como prioridades constitucionais,

---

[434] Determinadas despesas obrigatórias estão a salvo inclusive do procedimento de emenda parlamentar durante a elaboração e/ou modificação do orçamento, consoante dispõe o artigo 166, § 3º transcrito: "§ 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: [...] II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal;"

[435] Lei Complementar nº 101/2000: "Art. 9º - Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. [...] § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.

[436] Constituição Federal: "Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;"

[437] Ver nota 329

excluídas da consideração de relevância do legislador ordinário, nos termos do artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal[438].

No que concerne especificamente a possibilidade da realização de controle judicial no processo político vemos que existe precedente[439], novamente em processo de suspensão de liminar, em que a presidência do STF, exercida na oportunidade pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, decidiu negar suspensão da execução de liminar, requerida pelo Estado do Maranhão e concedida pelo Desembargador Relator do Mandado de Segurança no 22496/2008, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que determinou: a) a liberação do SIPLAN para que a Defensoria Pública implemente dotações orçamentárias à sua proposta orçamentária; b) a inclusão da proposta orçamentária da Defensoria Pública no projeto de lei de diretrizes orçamentárias do ano de 2009; c) em caso de dano já ocorrido, a devolução do referido projeto ao Governador do Estado do Maranhão, para a inclusão da proposta orçamentária da Defensoria Pública e suspensão, até que tal ocorra, do processo legislativo pertinente a Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2009.

Novamente vemos que a par de apreciar os requisitos específicos da suspensão de segurança ou de liminar pertinentes a existência de “grave lesão à ordem, saúde, segurança e economia pública”, o Ministro Gilmar Mendes – Presidente da Corte entendeu possível proferir “um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência da Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001”. Realizando este juízo de delibação foi considerado que a interpretação do artigo 134, § 2º da CF confere à Defensoria

---

[438] Constituição Federal: Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais. Evidentemente que a definição protegida de direitos e garantias individuais abrange os direitos civis, os políticos, os sociais e os econômicos. Neste sentido ver Silva Bonavides; Agra (2009 p. 1013) que considera compreendida na definição de direito protegido como clausula pétrea todas estas categorias de direitos

[439] Processo SS 3689/MA, julgado em 21 de novembro de 2008.

Pública a autonomia funcional, administrativa e orçamentária, pois sua parte final assegura a elaboração de proposta orçamentária pelas Defensorias Públicas Estaduais, dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, com recebimento, em duodécimos, até o dia 20 (vinte) de cada mês, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias, incluindo créditos complementares e especiais. Este dispositivo é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, segundo a jurisprudência do STF, pelo que a decisão que determinou a inclusão da proposta orçamentária da Defensoria Pública no projeto de orçamento encaminhado pelo Executivo é perfeitamente compatível com a Constituição, sendo mantida ainda a determinação de suspensão da tramitação legislativa da norma orçamentária enquanto a decisão não fosse cumprida[440].

Neste feito é realizado o controle direto do próprio processo político de tramitação orçamentária, restringindo o poder discricionário do Chefe do Executivo em conformar o projeto do orçamento e do Poder Legislativo, na apreciação da proposta, mercê da existência de disposições constitucionais que sobredeterminam a atuação do Poder Público. O condicionamento constitucional impede a atuação puramente discricionária na apresentação da proposta da norma orçamentária, mas atrai uma atuação conjunta dos Poderes do Estado e da sociedade, mercê dos mecanismos de controle, para dar efetividade às opções políticas e limites enunciados pelo poder constituinte originário. Nesta atuação não é possível desconsiderar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, exercendo a função de guardião da Carta Constitucional, intervindo para assegurar o cumprimento do

---

[440] Este é o teor da decisão mantida pela Presidência do STF na SS nº 3689/MA, com o destaque para a suspensão do processo legislativo: "Em face do exposto, defiro parcialmente o pedido de concessão liminar formulado pela impetrante, nos seguintes termos: a) determino a liberação do Sistema SIPLAN – Sistema Integrado de Planejamento e Orçamento pelo Secretário de Planejamento e Orçamento do Estado do Maranhão, para implantação por parte da Defensoria Pública das dotações orçamentárias relativas ao 'funcionamento da unidade', 'assistência jurídica gratuita' e 'manutenção da unidade', correspondentes à sua proposta orçamentária; b) determino o envio da proposta orçamentária da Defensoria Pública pelo Governador do Estado, de acordo com o que fora apresentado ao Poder Executivo, para efeito de consolidação do projeto de lei orçamentária anual 2009, a ser enviado à Assembleia; c) caso já ocorrido o dano, determino ao presidente do Poder Legislativo Estadual a devolução do projeto de lei orçamentária anual 2009 ao Governador, na forma do art. 14, II, 'd', do Regimento Interno da Assembleia, por vício de inconstitucionalidade, para que este proceda à inclusão no referido projeto, da proposta orçamentária da Defensoria Pública Estadual e como decorrência da sua condição de órgão orçamentário autônomo, restando suspenso até lá o processo legislativo respectivo e, ao final, a segurança repressiva"

procedimento constitucional de elaboração das normas integrantes do sistema orçamentário, preservando a possibilidade de atuação do Poder Político na conformação das hipóteses possíveis de eleição e o cumprimento da Constituição em função das normas de conteúdo vinculante ao Executivo e ao Legislativo.

5.2.5 A possibilidade de atuação judicial na formação do orçamento

A possibilidade de atuação direta do Poder Judiciário determinando a conformação do orçamento, independente ou até mesmo contrariamente à deliberação política realizada pelos órgãos que ostentam originariamente esta prerrogativa, é pura exceção e jamais pode ser considerada ou tida como regra. A nossa concepção de orçamento considera-o instrumento de controle do poder público e como elemento do processo de planejamento e, neste sentido, sua elaboração está vinculada ao atendimento a estas duas finalidades: o controle da atuação administrativa e da organização específica da atuação do Estado para a consecução das finalidades eleitas na Constituição. Assim, a elaboração do orçamento é um processo político realizado *"sub censura"* dos limites postos na Constituição, mas efetivado pelos órgãos de deliberação política que vão eleger os meios e as formas que vão dar materialidade aos direitos postos no ordenamento jurídico.

O cumprimento dos preceitos ou o implemento dos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico podem ser realizados de diferentes meios e maneiras, conforme a diretriz política adotada. Observe-se apenas à quisa de exemplo a norma de proteção contida no artigo 7, XX que trata da opção constitucional pela proteção ao mercado de trabalho da mulher, determinando ao legislador ordinário sua efetivação mediante a adoção de incentivos específicos. Ora, o implemento completo deste preceito irá variar conforme o modo especial de proteção que o legislador ordinário irá definir, podendo, exemplificativamente, conferir incentivos à contratação de trabalhadoras ou dificultando sua dispensa, conforme o caso; criar postos de trabalho prioritários às trabalhadoras ou creches destinados aos rebentos

até determinada idade, como for, ou seja, as possibilidades de implemento do direito constitucionalmente pois são diversas e diferenciadas, consoante a opção política que houver prevalecido no processo de escolha de governantes (Executivo e Legislativo) realizado pelo povo pelas eleições. Todas as ações que convergirem para o cumprimento do preceito constitucional são igualmente válidas e, portanto isentas de censura do Poder Judiciário no limite da opção. Desta forma, realizada a decisão política compatível com a Constituição esta decisão não pode estar sujeita à modificação pelo Poder Judiciário.

Assim, compete ao Poder Político tecer a forma e os meios de implementação dos direitos postos no ordenamento, realizando a decisão política necessária e procedendo a sua efetivação, alocando recursos bastantes para a fruição. A alocação de recursos será realizada pelo processo orçamentário, cabendo a realização do controle apenas para apurar se a decisão política cumpre a Constituição ou não, mas nunca para substituir a decisão política por outra que pareça ao juízo melhor ou mais eficiente. Esta decisão não cabe ao Poder Judiciário, em absoluto respeito ao princípio da separação de poderes.

Cabe ao Poder Judiciário o controle da legalidade da atuação do Poder Público para o cumprimento dos preceitos da Constituição. Neste mister é possível adentrar no conteúdo do ato questionado para perquirir sua correspondência com a norma constitucional e, caso não exista a correspondência, é de se impor a atuação do Judiciário para preservar a normatividade constitucional – a supremacia da Constituição[441]. O orçamento deve ser formado em consonância com estes limites e,

---

[441] Não é possível subtrair ao Poder Judiciário o poder/dever da realização do controle da legalidade e constitucionalidade das políticas públicas. Observe-se neste sentido a decisão proferida, de forma monocrática no RE 367423/PR (julgado em 03/09/2009), pelo Ministro Eros Roberto Grau, que deu provimento a recurso do Ministério Público do Estado do Paraná que visava à reforma da decisão proferida pelo Tribunal de Alçada daquele estado que havia reconhecido a impossibilidade jurídica do pedido em Ação Civil Pública, afirmando ser "...inadmissível a ordem judicial direcionada à administração direta, para contratação de pessoal, realização de obras e aquisição de material, em determinado prazo, impondo-lhe penalidade diária, em detrimento de seu planejamento administrativo e orçamentário. Questões administrativas de natureza discricionárias não são aferidas pelo Judiciário, nos aspectos da conveniência e oportunidade". Esta ação pretendia impor ao Estado-Membro a realização de despesas em área de segurança pública. A decisão do Ministro Eros foi ao sentido de determinar o exame do mérito da ACP, afastando a impossibilidade jurídica do pedido. Esta decisão não nos parece um comprometimento do Ministro Eros com a tese da substituição do juízo do administrador pelo do julgador, mas sim corresponde à possibilidade da apreciação de pedido de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário.

caso assim ocorra, sua formação não se submete meritoriamente ao controle de constitucionalidade[442].

O pressuposto da afirmativa acima é que a decisão política, quanto ao modo e maneira de atender ao preceito constitucional, foi corretamente tomada e efetivada, caberá ao Poder Judiciário controlar sua implementação. Nada impede que a decisão política seja realizada diretamente pelo texto constitucional. Nossa Carta possui diversos dispositivos que fixam a criação e a execução orçamentária, materializando a opção política ao processo constituinte que perenizou tais preceitos, pondo à guarda do legislador ordinário. Neste sentido, sua observância deve ser imposta pelo Poder Judiciário em caso de descumprimento, consoante acima visto. Nesta matéria, foi significativa a decisão proferida na ADPF nº 45[443], pelo Ministro Celso de Mello.

Neste processo discutia-se a validade constitucional de veto do Presidente da República a dispositivo da LDO, consubstanciada na Lei nº 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O veto presidencial havia incidido sobre o parágrafo segundo do artigo 55, com a redação a seguir:

> § 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.

O argumento da petição inicial afirmou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000, que foi

---

[442] Evidentemente que a impossibilidade de submissão não significa a inadmissibilidade de ação como direito público subjetivo que não guarda relação de necessidade com a eventual procedência ou não do pedido. A objeção diz respeito ao questionamento válido do processo de formação do orçamento, pois como decidido pelo STF no julgamento da ADI 2925-8 não é possível colocar a lei orçamentária em patamar superior à Constituição.

[443] Julgada em 29 de abril de 2004. A decisão foi monocrática e concluiu pela prejudicialidade da ação, pela perda superveniente de objeto. Todavia, teceu amplas considerações a respeito da atuação do Poder Judiciário em geral e do STF, em particular, perante as políticas públicas. O efeito prático desta decisão no processo em que foi proferida é nenhum, porém tem sido amplamente referenciada nas decisões do STF sobre similar matéria, que se seguiram.

promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Em apresentação de informações, a Presidência da República trouxe ao conhecimento que logo após o veto, veio a remeter ao Congresso Nacional projeto de lei que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Este fato, trazido ao conhecimento do relator, importa na prejudicialidade do feito, pois a lesão à ordem jurídica não mais existia. A possível violação à Constituição foi sanada pelo restabelecimento do preceito cujo veto ocasionou a propositura da ação.

Contudo, para além deste evidente reconhecimento, o Ministro Celso de Mello – relator − teceu longas considerações a respeito da viabilidade do uso da ADPF para questionar políticas públicas, discorrendo sobre a atuação do Poder Judiciário, o que se evidencia pelos termos da ementa abaixo:

> Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Neste sentido, considera o processo judicial como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. A decisão enuncia que a atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência a dimensão política da jurisdição constitucional que não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena de o Poder Público comprometer a integridade da ordem constitucional.

Contudo esta decisão afirma a existência de baliza à atuação do STF, afirmando que não se inclui, como regra, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, cabendo este mister, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. Sua atuação apenas se viabiliza quando acontecer o descumprimento, por conduta omissiva ou comissiva, de mandamento constitucional ou de política definida na Constituição Federal. A decisão considera que, em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

É bem certo que sua posição está marcada pela preponderância dos direitos fundamentais em relação aos demais princípios constitucionais, chegando a afirmar que, não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, considera que não se revela absoluta a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

> É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.
>
> [,,,]
>
> “No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

Parece nítida a intenção do Ministro Celso de Mello de ir além dos limites que traça em observância à disciplina já explicitada na Constituição Federal, com a finalidade de reconhecer aos direitos fundamentais uma dimensão que supera até mesmo a impossibilidade material de satisfação do bem da vida objeto da pretensão posta em juízo, quando afirma que:

> Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.

Todavia, esta decisão serve ao propósito de marcar o caráter supletivo da atuação judicial, observada a linha divisória que consideramos fundamental: a existência de uma definição quanto ao modo de cumprimento do mandamento constitucional, de sorte a limitar a atuação do legislador/administrador na conformação do direito.

Para além desta opção constitucional no processo de formação do orçamento vemos a possibilidade de efetivação de outra modalidade de controle das normas do processo orçamentário, dizendo respeito especificamente ao controle judicial da execução do orçamento que passamos a considerar nas páginas que seguem.

5.3 CONTROLE NA EXECUÇÃO DA NORMA ORÇAMENTÁRIA

A existência necessária de um orçamento anual para União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios decorre da disposição do artigo 165 da Constituição Federal. A mesma norma trata de duas espécies normativas que complementam o sistema de orçamento brasileiro: a Lei Plurianual e a Lei de

Diretrizes Orçamentárias. Juntas são considerados como elementos indispensáveis ao planejamento e organização das finanças públicas.

O conteúdo específico da Lei Orçamentária Anual está previsto constitucionalmente como consubstanciado na previsão de receita e fixação da despesa. O conteúdo do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias será disciplinado por lei complementar, consoante determina o artigo 165, § 9º da CF, estando em vigor a Lei nº 4320 de 17 de março de 1964, que estabelece as normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal[444].

5.3.1 A plena execução do orçamento e a possibilidade de controle

Não existe uma definição legal a respeito da natureza do preceito que fixa a realização de despesa na lei orçamentária anual. Os recursos postos no orçamentos configuram uma autorização de despesa ao administrador público para atender à finalidade de executar os programas e projetos previstos na legislação orçamentária ? Ou, ao revés, a existência da definição dos projetos na lei do orçamento implica uma vinculação ao gestor, no sentido de determinar sua atuação para que efetivamente implemente as despesas relacionadas aos programas eleitos ? A inexistência de definição legal não excluiu a comum opinião no sentido do caráter meramente autorizativo para a realização das despesas, pelo que não haveria qualquer obrigação legal para sua efetivação.

---

[444] Neste sentido é a posição pacifica do STF, consoante se pode verificar pela transcrição a seguir: "A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei n. 4.320, de 17/03/64**, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar**; embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei n. 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei n. 4.320/63; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei." (ADI 1.726-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 16-9-98, DJ de 30-4-04) (destaques nossos)

Existe uma imensa distinção entre a previsão orçamentária como condição para a realização da despesa e a sua implementação. Por expressa disposição legal e constitucional[445], a despesa deve estar prevista na legislação orçamentária. Discrepar deste entendimento é negar a primeira função da lei orçamentária, consubstanciada na possibilidade de controle dos governos pelos corpos representativos, especialmente limitando a atividade estatal pelo controle dos recursos disponibilizados para a satisfação das necessidades. Não se pode olvidar que a separação do caixa privado do Rei do Tesouro do Estado constituiu o passo primeiro para a fixação da receita e despesa pública. Desta forma, a própria natureza da legislação orçamentária obriga que a despesa esteja prevista e alocados recursos necessários à sua satisfação, sendo impossível esta sem a prévia previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA).

Todavia, a necessidade de previsão orçamentária para a realização da despesa não significa a existência de uma obrigação legal para a sua realização. É perfeitamente possível a existência da obrigação legal de orçar sem a correspondente obrigação de executar integralmente a despesa orçada. Nesta situação, os recursos existem no orçamento, porém o administrador/gestor executa-os parcialmente, deixando de realizar o desembolso dos valores com os quais irá satisfazer a execução das ações do orçamento. Esta possibilidade existe e é reconhecida como válida por julgamento do STF, consoante se verificou na apreciação da ADI 2925-8.[446] Em resumo, a obrigação constitucional ou legal de

---

[445] Ver artigo 165, § 8º e 167, II da Constituição Federal e artigo 58/61 da Lei nº 4.320/64. Veja-se igualmente as disposições da Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2002 (Lei de Responsabilidade Fiscal) que consolida a noção da necessidade de previsão orçamentária para a realização de qualquer tipo de despesa.

[446] Ver nota 329, além do trecho de voto do Ministro Cezar Peluso: “Sr. Presidente, o meu voto é no sentido de dar liberdade ao Governo para não invocar outra interpretação qualquer como pretexto para deixar de cumprir a Constituição, isto é, afasto todas as interpretações que dêem ao Governo um pretexto para não cumprir a Constituição. Segundo meu raciocínio, a Constituição exige que os recursos sejam aplicados nas três finalidades. O que entra na reserva é o saldo da aplicação dos recursos nas três finalidades constitucionais. Ora, o art. 4°, § 1°, pode servir de escusa para o Governo limitar até o teto de dez por cento a aplicação desse excesso ou desse saldo em qualquer das três finalidades. Aí, a minha leitura é de que tal limite não subsiste e que, portanto, o Governo tem a respeito liberdade política. Não vinculo, não amarro o Governo. Mas não lhe reconheço poder de invocar aquele limite para dizer: "eu não aplico, porque estou impedido". Ele pode não aplicar, mas apenas se por ato político não o queira fazer Essa é a minha interpretação e, com o devido respeito, julgo procedente a ação.”

orçar não implica o dever jurídico de executar o orçamento, realizando a despesa prevista em sua integralidade.

Esta distinção é importante para distinguir entre os movimentos de elaboração e execução do orçamento. A existência de uma vinculação na origem não implica a necessidade da execução dos valores. Claro que esta situação possui uma possibilidade fática bem definida. A existência de recursos em determinado programa ou elemento de despesa não implica seu exaurimento, pois é possível que não ocorra a necessidade da utilização dos recursos previstos para aquela finalidade. Tomemos por exemplo determinado programa com recursos alocados no orçamento da União de 2009 e os valores de sua execução[447]:

COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES	**Valor Autorizado**	**Valor Empenhado**	**Valor Pago**	**Restos a Pagar Pago**	**Valor Total Pago**	**Valor de Restos a Pagar a Pagar**
	40.909.000,00	39.150.233,22	8.778.222,03	5.803.454,21	14.581.676,24	2.663.527,74

Como se verifica acima, ocorreu uma subutilização dos recursos colocados no orçamento para a satisfação dos objetivos do programa em que os valores foram alocados. Esta situação ocorre na generalidade dos casos pelas simples observação de que as despesas futuras devem ser meramente previstas e, na hipótese da inocorrência dos fatos determinantes de sua aplicação, irão sobejar recursos em procedimento completamente regular. Tal procedimento não significa recusa na aplicação do orçamento, mas pode significara impossibilidade material de dispêndio,

[447] Fonte: Contas Abertas.Disponível em : http://contasabertas.uol.com.br

observado o específico programa ou atividade em que estes recursos estão alocados. Na hipótese, os recursos existem e estão à disposição para uso, observada a necessidade material relativa aos fins do programa ou ação que se pretende executar. A inexistência de esgotamento dos recursos disponíveis ocorre pela sua desnecessidade material, remanescendo ao final do exercício valores orçamentários não executados.

Este óbice não impede a perspectiva que estamos buscando na realização deste trabalho: a possibilidade legal da realização de controle judicial da elaboração e da execução do orçamento público. A questão não diz respeito especificamente à necessidade da execução do orçamento, no implemento obrigatório das despesas nele previstas, mas incide sobre a possibilidade da verificação desta execução e dos motivos que determinaram a atuação do gestor. A objeção não diz respeito à possibilidade de inexecução do orçamento, mas sim da necessidade da verificação dos motivos que conduziram a este procedimento. Neste sentido, o administrador/gestor pode legitimamente deixar de proceder à despesa, porém sua atitude está sujeita à verificação de sua compatibilidade com os motivos que a determinaram e a finalidade a ser cumprida com a norma orçamentária.

A existência de verbas alocadas para a construção de escolas públicas não implica a necessidade da realização do gasto, caso não exista, por exemplo, a necessidade material da construção de novas unidades. Dado este pressuposto, é possível ao gestor, motivadamente, deixar de empregar os recursos disponíveis. Contudo sua atuação está sujeita a controle, de sorte a sustentar a hipótese que ensejou sua atuação. Em sentido semelhante está a existência de recursos orçamentários prevendo o pagamento de determinada gratificação à categoria de funcionários públicos. A falta de aprovação da lei criadora da gratificação justifica a não-execução da despesa, legitimando a atuação do gestor público.

O conceito de boa administração abrange a necessidade da atuação previdente e cuidadosa do gestor público[448], sendo certo que existência de recursos em sobejo em programa diz respeito ao planejamento na elaboração do orçamento, cabendo aos órgãos técnicos dos Poderes realizarem uma previsão, mais próxima da realidade quanto possível, para a realização das despesas futuras, observados os índices próprios para esta avaliação. Este procedimento adequadamente realizado minimiza o problema da sobra de recursos e responde aos princípios da eficiência e do planejamento na elaboração orçamentária.

Outra hipótese, diametralmente oposta, diz respeito à inexecução orçamentária, mesmo presente a situação de fato ensejadora da implementação de recursos para atendimento da finalidade estipulada na legislação do orçamento, mercê de consideração diversa da impossibilidade material da execução desta parte do orçamento. Ou seja, mesmo havendo a necessidade da implementação da ação prevista ela não é executada por deliberação do administrador público, mediante critérios estranhos à legislação do orçamento. Ora, caso consideremos a norma orçamentária uma mera autorização, sem a correspondente obrigação legal, é perfeitamente possível ao aplicador da norma a decisão acerca da realização ou não da despesa, consoante critérios não previstos na legislação que alocou recursos para esta implementação/satisfação, em ação administrativa isenta de controle de responsabilidade política e judicial.

Contudo, o sistema orçamentário desenvolvido a partir da Constituição de 1988 não deixa espaço para esta consideração. Já vimos que a resultante do processo constituinte de 1988 direciona a concepção do orçamento em dois sentidos paralelos e complementares. A necessidade da implementação de mecanismos de

---

[448] Veja-se o pronunciamento feito pela Ministra Carmem Lúcia no julgamento da ADI nº 4048-MC/DF: “Senhor Presidente, também eu acompanho Vossa Excelência, porque há uma grande diferença entre imprevisão, imprevisibilidade e imprevidência. Às vezes, corro em alguns casos, ou numa boa parte dos casos arrolados por Vossa Excelência, a Administração Pública pode prever. Aliás, deve. É seu dever prever para que haja uma boa administração. E, portanto, a ausência desse dever uma imprevidência. A imprevisão são casos que poderiam ser previstos, e não o são; a imprevisibilidade é aquilo que não pode ser cogitado pelo administrador público, porque surge de uma maneira arriscada, fora do ordinário. Assim, por isso mesmo, e garantindo-se sempre, tal corno disse Vossa Excelência ao final do seu pronunciamento, fiquem preservadas as situações, pois já foram consolidadas e podem causar até um mal maior e uma situação de injustiça para aqueles beneficiados, acompanho Vossa Excelência.”

planejamento[449], com a finalidade de proceder à superação das desigualdades sociais e regionais e a ampliação das atribuições e responsabilidades do Parlamento. Tendo em consideração tais marcos, não mais é possível considerar o orçamento mera peça limitadora dos gastos do Executivo. Sua função passa a ser agente no sentido de expressar a vontade do Poder Público, na satisfação ou atendimento de determinada necessidade considerada relevante. A discussão sobre sua natureza continua, porém, sob nova roupagem, afastando a mera alternativa entre os adjetivos impositivo ou autorizativo, afigurando-se, para além deles, a possibilidade de sua controlabilidade.

5.3.2 Doutrina pertinente à vinculação na execução do orçamento

O debate se torna ainda mais claro com a existência do sistema orçamentário, com integração necessária entre suas normas componentes[450], em graus diferentes de abstração, de sorte a conduzir a atuação do Poder Público. Porém, existe doutrina que considera presente o caráter vinculante, em certa medida, do orçamento aprovado, mesmo no anterior modelo constitucional. Vale citar a doutrina de Philippe Zorn (apud CAMPOS, 1958)[451] que considera não ser o orçamento uma lei imprópria ou uma lei que, a um só tempo, é e não é lei, na dicção de Laband (1979), carecendo da força ou da eficácia que é específico atributo da norma jurídica propriamente dita ou da lei em sentido material. Zorn (apud CAMPOS, 1958),

---

[449] Constituição Federal: Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

[450] Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentária e Lei Orçamentária Anual.

[451] Lamentavelmente não me foi possível recuperar a obra deste autor para efetuar uma referência direta. Devo me contentar em citar sua obra (Das Staatsrechet dês Deutschen Reichs, vol I) por meio de Francisco Campos que o referencia no artigo sobre o problema da natureza jurídica do orçamento público, publicado na Revista do Serviço Público, fevereiro de 1949. Todavia é de se registrar que Francisco Campos, posteriormente, assumiu posição diversa quando afirma que a execução do orçamento ocorre por conta da exclusiva responsabilidade e atribuição do chefe do Poder Executivo, não podendo haver interferência do Legislativo na sua execução. (CAMPOS, 1958)

sustenta que: a) do orçamento resulta para o governo não só a autorização de aplicar determinadas somas como a obrigação de aplicá-las precisamente para os fins que nele se determinam; b) em relação à receita, igualmente a lei orçamentária dá à Administração o poder e lhe impõe a obrigação de arrecadá-la; c) quando na Constituição se prescreve que todas as receitas nele estão contidas e que esta norma será lei pelo prazo de um ano, segue-se que todas as leis que abrem ao Estado permanente fonte de receita, assim como as que empenham despesas por prazo indeterminado são constitucionalmente condicionadas quanto a seus efeitos à ratificação pela lei orçamentária, embora tais normas continuem em vigor, se no orçamento não estão computadas as despesas e as receitas correspondentes a tais normas, sua eficácia jurídica está suspensa ou adiada. Este autor considera que o direito do Estado à receita e a obrigação quanto às despesas, inobstante sua anterior previsão legal, só se tornam efetivos ou exigíveis quando forem incorporados os previstos no orçamento[452].

Em certo sentido, temos a mesma referência em nossa doutrina, conforme enuncia Agenor de Roure (1916), com amparo na doutrina francesa de René Stourn (1900)[453], quando trata da possibilidade do veto ao orçamento aprovado pelo Parlamento:

---

[452] A respeito ver interessante dispositivo da Lei Federal de Orçamento e de Responsabilidade Fazendária da República do México: “Artículo 45.- Los responsables de la administración en los ejecutores de gasto serán responsables de la administración por resultados; para ello deberán cumplir con oportunidad y eficiencia las metas y objetivos previstos en sus respectivos programas, conforme a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones generales aplicables....Los ejecutores de gasto deberán contar con sistemas de control presupuestario que promuevan la programación, presupuestación, ejecución, registro e información del gasto de conformidad con los criterios establecidos en el párrafo segundo del artículo 1 de esta Ley, así como que contribuyan al cumplimiento de los objetivos y metas aprobados en el Presupuesto de Egresos. ...III. Los servidores públicos responsables del sistema que controle las operaciones presupuestarias en la dependencia o entidad correspondiente, responderán dentro del ámbito de sus respectivas competências”. Disponível em: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lfprh/LFPRH_orig_30mar06.doc

[453] Isto não significa a possibilidade do uso do orçamento em cumprimento ao planejamento político do Parlamento, pois ele não se presta para esta finalidade: “O socialismo, como pode ser definido, tende a alterar a distribuição da riqueza entre as classes sociais. No entanto, o orçamento, é claro, com sua imensa receitas e despesas enormes, ou seja, com a parcela considerável da renda individual que é de um para dar para os outros, é o mais poderoso instrumento de distribuição de riqueza entre nas mãos daqueles que gostariam de usá-lo para essa finalidade. Mas, então, a objeção é que justamente o orçamento da não deve ser utilizado para esta finalidade. O imposto não deve ser usado para atingir uma determinada teoria social”. René Stourm, Cours de finances : le Budget, Paris, Guillaumin et Cie.1900.

> O próprio Stourm, que, sem desconhecer o perigo da recusa do voto do orçamento, sustenta o direito a essa recusa em França, nega indirectamente o direito do Executivo vetar ou deixar de executar a lei de meios votada. Falando da applicação orçamentaria, affirma que o governo tem que seguir o caminho traçado pelo parlamento : "Son oeuvre ne comporte plus qu'une régularité silencieuse". O seu dever é arrecadar de accordo com a receita votada, recolher o producto ao Thesouro e só lançar mão delle para despezas autorizadas na lei orçamentaria. A "regularidade silenciosa" na execução não comporta o protesto que se traduz no veto.

Destaca-se ainda a posição de Conti (2006, p.93) quando considera que a execução orçamentária é matéria atribuída ao Poder Executivo, havendo uma variação, em relação aos diversos sistemas orçamentários adotados, de uma maior ou menor participação do Poder Legislativo nesta execução. Considera que o papel do processo de execução corresponde a cumprir, com a máxima fidelidade possível, o orçamento aprovado, tolerando-se apenas os ajustes necessários, de sorte a compatibilizar o atendimento das necessidades públicas reconhecidas pela norma com o montante de ingressos, tendo em vista a previsão correspondente à receita, pois:

> Há de se compatibilizar, desta forma, a necessidade de se cumprir fielmente o orçamento, do modo como foi aprovado pelo Poder legislativo, com as imprescindíveis alterações que se fazem necessárias ao longo do exercício financeiro, sem, com isso, descaracterizá-lo e fazer dele uma peça de ficção.

No mesmo sentido, é de se observar a posição de Sabbag que considera que a norma do orçamento é lei em sentido material e formal e, como tal, deve produzir efeitos como todas as outras, inclusive para o Poder Público. Esta posição decorre do modo como o sistema do orçamento foi concebido pela Assembleia Nacional Constituinte (189/190), quando se objetivava conferir co-responsabilidade ao Parlamento no campo das finanças públicas, sendo que a flexibilidade da norma estaria possibilitada pela existência do que denomina de “válvulas e segurança”, exemplificando com a definição de margem de liberdade na execução dos créditos, com prévia autorização legislativa. As despesas autorizadas obrigam o administrador, salvo se demonstrar a impossibilidade ou séria inconveniência de sua efetivação (OLIVEIRA, 2007, p. 318)

Contudo, em sentido contrário, caminha a doutrina de Torres (2008. p. 96), sustentando que a teoria que considera o orçamento como lei formal, que apenas prevê as receitas públicas e autoriza os gastos, sem criar direitos subjetivos e sem modificar as leis tributárias, é a que melhor se adapta ao sistema constitucional brasileiro. Este autor reconhece as críticas a esta posição, decorrente do agigantamento do Poder Executivo e do enfraquecimento do princípio da legalidade, mas considera que está posição ainda é importante por retirar da legislação orçamentária:

> ... qualquer conotação material relativamente à constituição de direitos subjetivos para terceiros, sem implicar perda de sua função de controle negativo do Executivo no que concerne aos limites do endividamento e das renúncias de receita.

No mesmo sentido acima, vemos a posição de Giacomoni (2005). Este autor aborda a questão da controvérsia sobre o caráter autorizativo da Lei Orçamentária, considerando que tal conclusão está ligada à consideração da natureza jurídica do orçamento e no modo como deve ser utilizado no dia a dia administrativo. Afirma que a natureza da programação de trabalho ou do plano administrativo, demanda certa flexibilidade, podendo ocorrer situações variadas que acarretam atrasos no início e conclusão das programações orçamentárias. Nesta hipótese, como destaca Giacomoni (2005):

> são muitas as providências desenvolvidas entre a fase da autorização orçamentária e a realização propriamente dita da despesa. Podem-se apontar algumas: elaboração de projetos, orçamentos e memoriais de execução, desapropriações, fase licitatória com frequentes atrasos em face das querelas judiciais, elaboração de contratos, entre outras.

Assim, esta circunstância acarreta a necessidade de considerar a norma contida no orçamento como uma autorização para agir, ao revés de um mandamento propriamente dito, cuja execução deverá ser realizada pelo Administrador Público, no dizer deste autor. Não discrepa desta posição o posicionamento de Baleeiro (2004, p. 442), quando afirma que as despesas variáveis constituem mera autorização, destituídas de amparo em lei, facultando a

ação do Executivo até o limite previsto, sem a possibilidade de gerar direito subjetivo, resguardada ao discricionarismo administrativo na ordenação da despesa.

Como se verifica, não existe um posicionamento uníssono da doutrina a respeito, persistindo influente a concepção da natureza meramente autorizativa da peça orçamentária, submetida à discrição da autoridade administrativa que possua o dever de sua execução.

Como veremos, esta posição não guarda sentido em relação à moderna concepção do orçamento e a vinculação da Administração Pública aos seus ditames e as opções que ele representa.

5.3.3 A distinção entre despesas discricionárias e vinculadas na execução do orçamento

O debate relativo ao cumprimento do orçamento pelos órgãos encarregados de sua execução não corresponde à diferenciação entre despesas discricionárias e vinculadas (obrigatórias). Já afirmamos a vinculação dos Poderes Públicos na conformação do orçamento e a necessidade de inclusão das despesas obrigatórias, para as quais não existe possibilidade de deliberação em contrário. As despesas obrigatórias[454] devem constar da proposta orçamentária submetida ao Parlamento, com restrições quanto a sua modificação (artigo 163, § 3º da CF). Para estas despesas não existe a discricionariedade na execução, ressalvada a impossibilidade material, ou a motivada decisão política, harmônica com os motivos que

[454] Ver artigo 166 da CF. “Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 1º - Caberá a uma Comissão mista permanente de Senadores e Deputados: § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: ... II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal;”

determinaram a inclusão dos recursos no orçamento[455], pois esta inclusão não significa necessariamente sua execução.

Relativamente às despesas discricionárias, a autorização de crédito apresenta-se autorizativa quanto à execução, limitada ao valor orçado, sob pena de responsabilização do gestor público[456]. Todavia não existe a penalização[457] do gestor público que atue de modo infiel ao deliberado pelo Parlamento e deixa de executar determinada despesa orçada (existente na LOA), além de, vale dizer, prevista no PPA.

Desta forma, ficará a cargo do administrador/gestor a decisão a respeito da implementação do programa a que corresponde à despesa prevista no orçamento, o que implica desconsiderar boa parte da potencialidade do orçamento público como instrumento de controle positivo do agir administrativo. Com efeito, considerando o orçamento como norma jurídica de iniciativa do Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo, com ampla possibilidade de discussão e deliberação a respeito de sua modificação para, ao final, ser a resultante da conjunção das vontades dos poderes Executivo e Legislativo, retirar desta norma a possibilidade do controle da atuação positiva[458] do gestor público é negar a atuação parlamentar no acréscimo ou modificações significativas na proposta orçamentária original. Ou seja, a considerar a impossibilidade do uso da legislação orçamentária como norma que possibilite um controle da atuação positiva do gestor público é de notar o

---

[455] O valor destinado ao pagamento dos servidores públicos, a assunção de obrigações no âmbito do sistema financeiro, as transferências obrigatórias aos demais entes públicos ou decorrentes de decisões judiciais, dentre outros, não podem deixar de constar no orçamento aprovado.

[456] Ver Artigo 167 da CF, a seguir transcrito: São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;

[457] Sem embargo de nossa crença quanto à tipificação do crime de responsabilidade nestes casos e, no estrito limite da interpretação, a aplicação da norma prevista no artigo 11, I da Lei nº 8429/1992, a seguir transcrito: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;”

[458] O controle da atuação positiva significa fixar a prática obrigatória de determinada conduta pelo Administrador Público em função de prévias opções realizadas pelos corpos representativos no sentido de ver implementados determinados projetos e programas, com a efetiva realização das despesas previstas para tanto.

esvaziamento do papel do orçamento como instrumento de controle democrático da atuação positiva do Poder Público.

Cremos que a raiz desta concepção está na visão tradicional do orçamento, como política de meios, posta à apreciação do Administrador Público para sua execução, mediante prudente arbítrio regrado do gestor público, que poderá escolher os meios apropriados e o momento para atuar.

A ação administrativa não é um fim em si mesma. Corresponde à necessidade de atenção aos interesses da coletividade, cujo zelo cabe aos poderes públicos. Assim, atuando em nome da coletividade e para atender a seus interesses, a Administração age fundada no princípio da supremacia para fazer valer o interesse coletivo, mesmo à custa do interesse individual.

O agir administrativo decorre da necessidade de satisfação dos interesses da coletividade, pelo que seus atos devem ter por finalidade a realização do interesse público e não do interesse meramente individual. Assim, estamos diante de um direito/dever da Administração, já que para cada direito que nasce para o Poder Público, existe a correspondente necessidade de atuação, conforme o interesse público que busca efetivar.

Desta forma, não existe plena autonomia da vontade para a Administração Pública, mas sim a realização de uma finalidade específica - a satisfação do interesse público, cujo conteúdo é preenchido pela lei. A atuação da Administração Pública conforme a lei é decorrente lógica da organização da sociedade no enunciado Estado de Direito, uma vez que enumera os campos de atuação do Poder Público e permite o controle das finalidades que devem ser objeto de seu agir.

Como primado inicial, temos por estabelecido que a atividade administrativa difere da atuação da generalidade das pessoas (naturais e jurídicas) pela sua absoluta submissão ao comando legal. Para as pessoas, em vida social, é possível atuar ou regular conduta onde a lei não vede, pois toda ação não proibida é juridicamente permitida (facultada). Desta forma, é perfeitamente possível ao cidadão livremente dispor, estabelecendo situações não previstas e obrigando-se

em condutas não contempladas no ordenamento positivo, ressalvando a comum impossibilidade no que concerne a atos proibidos.

Para a Administração Pública, a realidade é diversa, aplicando-se o brocardo: *"quae non sunt permissae prohibita intelliguntur"* (o que não é permitido há de entender-se como proibido).

O administrador apenas atua sob comando normativo. Sua possibilidade de agir e competência são discriminadas no ordenamento, não sendo possível atuar onde a lei não determine, devendo agir conforme previsto no ordenamento. Nenhum ato é legítimo senão quando conforme com as normas obrigatórias em vigor. No dizer de Caio Tácito: "A Administração Pública, dotada de uma margem reconhecida de discricionariedade, em benefício do interesse geral, encontra na regra de competência, explicitada na lei que qualifica o exercício da autoridade, a extensão do poder de agir" (TACITO, 1997)

Tal formulação decorre da necessidade de estabelecer controles para os atos da Administração Pública, pelo que a sociedade tem a possibilidade de escolher onde e como o Estado deverá atuar, ao mesmo tempo em que se assegura que nenhuma atividade existirá fora dos limites de sua escolha. O administrador possui limites estritos em sua possibilidade de atuação, estando submetida à regra da legalidade, pela qual deverá pautar seu agir. No Estado de Direito tudo se faz de conformidade com a lei, a Administração age dando execução à lei, observando rigorosamente a lei.

Em certos casos, a lei estabelece o único comportamento a ser adotado pelo administrador perante casos concretos. O legislador preestabelece a situação de fato e o modo de agir do administrador diante de dada situação específica. No caso, o ato a ser praticado pelo funcionário competente para tal é denominado de vinculado. Sua vinculação, no liame de causalidade ocorre entre o fato e a lei. Dada a situação de fato legalmente prevista, o agir deve ser aquele que o comando normativo antecipadamente prevê. Em outra situação, o legislador permite ao administrador, diante de situações fáticas determinadas, uma margem de liberdade

na pratica do ato, podendo assumir as formas de: praticar ou não o ato administrativo; conceder-lhe competência para escolher o momento de pratica do ato; deferir-lhe opção quanto à forma do ato, ou ainda autorizar o administrador a decidir sobre a providência a ser adotada entre alternativas existentes. Nestas hipóteses, estamos diante da discricionariedade administrativa.

O conteúdo da possibilidade de agir do administrador público mediante critério de oportunidade e conveniência é o campo natural da atividade discricionária, realizada sob o amparo da lei, mas deixando ao administrador a possibilidade do preenchimento de determinados critérios de execução, mediante atuação em que os motivos determinantes[459] do agir administrativo estejam evidenciados, de sorte a possibilitar o mecanismo de controle do procedimento administrativo em defesa da lei, que condiciona a atuação em matéria de orçamento[460].

É possível encontrar, igualmente, como fundamento da compreensão sobre o conteúdo meramente autorizativo da norma orçamentária uma desconfiança da atuação parlamentar e uma noção acerca da alegada falta de amadurecimento de nossas instituições políticas. Este fundamento aparece na necessidade de buscar uma atuação fiscal responsável, objetivo que seria mais facilmente atingido se coubesse apenas ao Administrador Público a decisão de executar ou não o orçamento, consoante a realidade econômica do momento. Como reação a esta "desconfiança" da atuação parlamentar, temos a ocorrência de tentativa de implementar, pela alteração legislativa, a forma como é executado o orçamento, tornando cogentes as ações neles previstas[461], em defesa da opção do Parlamento na conformação do orçamento.

---

[459] A respeito da teoria dos motivos determinantes no Direito Administrativo, remeto o leitor para as seguintes exemplificativas obras: Campos (1958) ; Jèze (1950) e Meirelles(1989).

[460] Além da possibilidade de controle da atuação administrativa do executor do orçamento, em defesa do conteúdo da lei orçamentária aprovada, temos por presente a existência de limites à atuação do legislador, mercê da existência de disposições constitucionais que conformam o orçamento e, neste sentido, constituem limites objetivos ao legislador, aptos a ensejar o controle de constitucionalidade da norma do orçamento, caso descumpridos. O assunto será tratado nas páginas que seguem.

[461] Existe uma proposição legislativa em longa tramitação com a finalidade de tornar impositivo o orçamento aprovado. Veja-se a PEC nº 22/2000 e o Projeto de Lei Complementar 229/2009, de iniciativa do Senador Tasso Jereissati, aprovado na CCJ e relatado pelo Senador Arthur Virgilio, sendo conhecido como proposta de

Contudo esta alteração na forma de aplicação do orçamento pela via legislativa ainda não ocorreu, carecendo, aparentemente, de um amadurecimento na forma de concepção da norma orçamentária para que possamos caminhar neste sentido.

5.3.4 A execução e o equilíbrio do orçamento público

A busca de uma política fiscal responsável e a delimitação dos limites orçamentários estão amparadas no debate a respeito da estimativa de arrecadação, ou seja, na estimativa da receita, margem necessária para delimitação do orçamento.

É bem certo que a Constituição estabeleceu regras para criar um sistema de orçamento em que imperasse a desejada racionalidade organizativa e uma determinação planificada[462]. Para esperada racionalidade foram criadas regras que vinculam a elaboração do projeto de orçamento e sua modificação, com a necessária observância da existência de especificados recursos materiais para execução do orçado.

---

responsabilidade orçamentária, depois de fusão ao projeto de reforma da Lei 4320 proposto pelo Senador Colombo, além da proposta de qualidade fiscal do senador Casagrande e o de ajuste da LRF do Senador Borges. O projeto tramita na Comissão de Assuntos Econômicos e, segundo o Senador Tasso Jereissati, a proposta visa a estabelecer mecanismos que garantam a responsabilidade no processo orçamentário, no planejamento e na gestão contábil, financeiro e patrimonial da administração pública, abrangendo as leis que integram o ciclo orçamentário desde o planejamento até o processo de sua votação e definição pelo Poder Legislativo.

[462] Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum. § 3º - As emendas ao projeto de lei do orçamento anual ou aos projetos que o modifiquem somente podem ser aprovadas caso: I - sejam compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; II - indiquem os recursos necessários, admitidos apenas os provenientes de anulação de despesa, excluídas as que incidam sobre: a) dotações para pessoal e seus encargos; b) serviço da dívida; c) transferências tributárias constitucionais para Estados, Municípios e Distrito Federal; ou III - sejam relacionadas: a) com a correção de erros ou omissões; ou b) com os dispositivos do texto do projeto de lei. § 4º - As emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias não poderão ser aprovadas quando incompatíveis com o plano plurianual.

Todavia, para além destes mecanismos e, mercê da concepção a respeito do controle da execução do orçamento, foram consideradas as formas previstas no artigo 47 e seguintes da citada Lei nº 4.213/64[463]. Refiro-me ao sistema de desembolso por cotas que estabelece uma limitação para a execução da despesa prevista, sem, porém especificar a forma como poderá ocorrer a modificação das cotas trimestrais elaboradas a partir da aprovação do orçamento. No mesmo sentido, temos que a Lei Complementar nº 101/2004[464] amplia a forma de controle pelas cotas trimestrais e permite a realização de contingenciamento na liberação de valores orçados em função da depreciação da receita em nível que comprometa o cumprimento das metas de resultado primário. Em sentido diferente do que então estabelecia a Lei nº 4320/64, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) prevê a possibilidade de contingenciamento mediante ato próprio do Poder Executivo quando o compromisso estabelecido no anexo das metas fiscais estiver ameaçado.

Outro mecanismo utilizado é a limitação na liberação de recursos do orçamento aprovado. Este mecanismo não envolve, a rigor, a modificação na lei do orçamento, mas sim corresponde a uma atuação do Poder Executivo que deixa de proceder ao repasse necessário à efetivação as despesas. Não se trata apenas da

---

[463] Art. 47. Imediatamente após a promulgação da Lei de Orçamento e com base nos limites nela fixados, o Poder Executivo aprovará um quadro de cotas trimestrais da despesa que cada unidade orçamentária fica autorizada a utilizar. Art. 48 A fixação das cotas a que se refere o artigo anterior atenderá aos seguintes objetivos: a) assegurar às unidades orçamentárias, em tempo útil a soma de recursos necessários e suficientes a melhor execução do seu programa anual de trabalho; b) manter, durante o exercício, na medida do possível o equilíbrio entre a receita arrecadada e a despesa realizada, de modo a reduzir ao mínimo eventuais insuficiências de tesouraria. Art. 49. A programação da despesa orçamentária, para feito do disposto no artigo anterior, levará em conta os créditos adicionais e as operações extra-orçamentárias. Art. 50. As cotas trimestrais poderão ser alteradas durante o exercício, observados o limite da dotação e o comportamento da execução orçamentária.

[464] Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso. Parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso. Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. § 1º No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas. § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias. § 3º No caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no caput, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias

legal limitação de atividade quando houver ameaça aos limites estabelecidos no anexo de metas fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que atrai o mecanismo de contingenciamento e limitação de empenho mencionado na Lei de Responsabilidade Fiscal (artigo 9º), mas igualmente a deliberação política de elevação das metas de superávit primário em detrimento dos limites já preestabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias[465].

Este procedimento frustra a deliberação parlamentar na aprovação dos limites das metas fiscais e subtrai da execução orçamentária valores que deveriam ser utilizados para atingir os programas listados, sendo possível levar a cabo procedimento de controle da atuação do Executivo na liberação destes valores especialmente em relação a receitas vinculadas[466]. Neste sentido, emerge a

---

[465] Lei Complementar 101/2000. Art. 4º: "A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31; [...] § 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes.

[466] Veja-se a seguinte decisão do STF a respeito da possibilidade de controle sobre a disposição das verbas vinculadas: MS 21291 AgR-QO / DF - DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM NO AG.REG.NO MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. CELSO DE MELLO. 12/04/1991. Tribunal Pleno. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - LIBERAÇÃO DE RECURSOS ORCAMENTARIOS (CF, ART. 168) - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE (ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS) - INADMISSIBILIDADE - PRERROGATIVA DE PODER - GARANTIA INSTRUMENTAL DA AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIARIO -"WRIT" COLETIVO - DEFESA DE DIREITOS E NÃO DE SIMPLES INTERESSES - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" DA ASSOCIAÇÃO DE MAGISTRADOS - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. - O autogoverno da Magistratura tem, na autonomia do Poder Judiciário, o seu fundamento essencial, que se revela verdadeira pedra angular, suporte imprescindível a asseguração da independência político-institucional dos Juízos e dos Tribunais. O legislador constituinte, dando conseqüência a sua clara opção política - verdadeira decisão fundamental concernente a independência da Magistratura - instituiu, no art. 168 de nossa Carta Política, uma típica garantia instrumental, assecuratória da autonomia financeira do Poder Judiciário. A norma inscrita no art. 168 da Constituição reveste-se de caráter tutelar, concebida que foi para impedir o Executivo de causar,em desfavor do Judiciário, do Legislativo e do Ministério Público, um estado de subordinação financeira que comprometesse, pela gestão arbitraria do orçamento - ou, até mesmo, pela injusta recusa de liberar os recursos nele consignados -, a própria independência político-jurídica daquelas Instituições. Essa prerrogativa de ordem jurídico-institucional, criada, de modo inovador, pela Constituição de 1988, pertence, exclusivamente, aos órgãos estatais para os quais foi deferida. O legislador constituinte, na realidade, não a partilhou e nem a estendeu aos membros e servidores integrantes dessas instituições. O exercício desse direito e, portanto, intransferível. Só poderá exercê-lo - dispondo, inclusive, de pretensão e de ação - aquele a quem se outorgou, no plano jurídico-material, a titularidade exclusiva do seu exercício. De absoluta intransmissibilidade, portanto, essa posição jurídica, que também não poderá ser invocada por terceiros, especialmente por entidades de direito privado - ainda que qualificadas como entidades de classe -, cujo âmbito de atuação não transcende a esfera dos direitos de seus próprios associados. A qualidade para agir, no caso, só pertine a tais órgãos estatais, os quais, por seus Presidentes ou Procuradores-Gerais, estarão legitimados para postular, em juízo, a defesa daquela especial prerrogativa de índole constitucional, não sendo licito a uma simples entidade de classe, atuando substitutivamente, deduzir, em nome próprio, pretensão jurídica que nem a ela e nem a seus associados pertence. - O mandado de segurança coletivo - que constitui, ao lado do "writ" individual, mera espécie da ação

possibilidade do estabelecimento de limites rígidos à atuação do Poder Executivo na liberação estes valores, consoante dispuser a Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois é neste diploma legal que está a previsão legal para a realização do contingenciamento[467] Contudo, para além da restrição como resultar disposto na LDO, torna-se possível a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer a disposição limite prevista na legislação aprovada pelo Parlamento.[468]

Observados os limites previstos na LDO, a possibilidade de contingenciamento e de restrição da emissão de empenho não são mecanismos postos à disposição da Administração Pública para execução orçamentária em critérios exclusivos ou situados à margem do estabelecido e limitado na legislação do sistema orçamental. Ao revés são critérios para cumprimento da legislação orçamental, de sorte a propiciar o enquadramento da ação do Estado ao limite proposto pelo Executivo, mas aprovado pelo Parlamento, com ampla possibilidade de gerar direitos. Neste sentido, não são instrumentos contrários ao estabelecimento de um orçamento cujo cumprimento se imponha, mas sim mecanismos para cumprimento da opção política decorrente de determinada política econômica, realizada mediante controle político, efetuado pelo Congresso Nacional e controle de legalidade, realizado pelo Poder Judiciário.

Desta forma, vemos que a possibilidade de contingenciamento não significa a ampla autorização para modificar o orçamento ao talante do Executivo, pois não se aplica às despesas consideradas obrigatórias. Estas consubstanciam valores que devem ser executados, não podendo ser reduzidos, restando legalmente protegidas da atuação do Poder Executivo, representando a opção política de limitar a atuação

---

mandamental instituída pela Constituição de 1934 - destina-se, em sua precípua função jurídico-processual, a viabilizar a tutela jurisdicional de direito liquido e certo não amparável pelos remédios constitucionais do "habeas corpus" e do "habeas data". Simples interesses, que não configurem direitos, não legitimam a valida utilização do mandado de segurança coletivo

[467] Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e: I - disporá também sobre: a) equilíbrio entre receitas e despesas; b) critérios e forma de limitação de empenho, a ser efetivada nas hipóteses previstas na alínea b do inciso II deste artigo, no art. 9º e no inciso II do § 1º do art. 31;

[468] É de observar a suspensão liminar do parágrafo terceiro do artigo 9º da LRF, nos termos do decidido pelo STF na ADI nº 2238 MC/DF. Relator: Ilmar Galvão, ainda pendente de julgamento de mérito. Desta forma, a limitação de despesas apenas pode ser implementado por deliberação do Poder Judiciário, em atenção ao princípio da separação de poderes.

administrativa de adequação das despesas à variação de receita, pelo que as ações que constituem obrigação legal ou constitucional da União e as que foram expressamente ressalvadas na lei de diretrizes orçamentárias não podem ser objeto de disposição para o contingenciamento[469]. Para evidenciar a possibilidade de controle, a Lei de Diretrizes Orçamentárias incluiu um anexo, em que discrimina as despesas que, a juízo dos Poderes Executivo e Legislativo, estão preservadas do contingenciamento[470].

Caberá à Lei de Diretrizes Orçamentária prever a existência de mecanismos para que a elaboração dos orçamentos dos organismos autônomos possam se harmonizar com a orientação econômica geral do Estado, consoante restar aprovado pelo Parlamento, mediante proposta do Executivo. Dentre estes mecanismos, sobressai a extrema possibilidade de ajuste da proposta orçamentária dos entes autônomos aos limites previamente ajustados na LDO mediante ato singular do Poder Executivo[471]. Trata-se, é claro, de ajuste da proposta orçamentária que será submetida ao Parlamento para deliberação[472] que poderá ou não aprovar a proposta, mediante ponderada escolha dos limites a serem cumpridos pela política econômica.

---

[469] Lei Complementar n 101/2000: “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. § 1o No caso de restabelecimento da receita prevista, ainda que parcial, a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados dar-se-á de forma proporcional às reduções efetivadas. § 2o Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.” Ver as notas 435 e 464.

[470] Ver, em relação à LDO 2009, o anexo V da Lei n 12017/2009, com ampla discriminação de despesas. A LDO relativa à elaboração da norma do orçamento de 2011 consiste na Lei nº 12309 de 09 de agosto de 2010, em que são preservadas 79 ações discriminadas em seu Anexo IV.

[471] Com a ressalva do decidido na ADI 2238-5, em que o STF entendeu, por unanimidade, em julgamento realizado no dia 22 de fevereiro de 2001, que o artigo 9º, § 3º da Lei Complementar nº 101/2001 pode configurar uma interferência indevida do Poder Executivo no Legislativo e no Judiciário, tendo deferido liminar para suspender a eficácia deste dispositivo, conforme nota 468. Nesta situação, o ato deverá ser do próprio Poder Judiciário em atenção aos limites contidos no Anexo de Metas Fiscais da LDO.

[472] A respeito desta reavaliação ver o disposto no artigo 9º, §§ 4º e 5º da Lei Complementar nº 101/2000.

5.3.5 Vinculações sob a forma de repasses obrigatórios

Não é possível olvidar do estabelecimento de mecanismos obrigatórios de gestão do orçamento, como previstos na Constituição, para os órgãos possuidores de autonomia orçamentária. Desta forma, como elemento vinculado da administração orçamentária, temos o repasse em cotas mensais, dos valores contidos no orçamento para o Legislativo, o Judiciário, ao Ministério Público e para a Defensoria Pública.[473]

Estes repasses automáticos[474] são mecanismos para a garantia da independência[475] dos organismos mencionados na Constituição, como forma de permitir sua atuação desvinculada da influência do Poder Executivo, como autoridade gerenciadora dos recursos a serem repassados.[476] Não sendo possível ao Poder Executivo deixar de efetivar o repasse previsto na Constituição, sua gestão sobre a parte do orçamento destinado ao suprimento das despesas destas entidades é vinculada às disposições da lei orçamentária.

Desta feita, estabelecida a previsão de valores na LOA, caberá ao Poder Executivo realizar o repasse de valores em duodécimos, até o dia 20 de cada mês. Este ponto da execução orçamentária é atribuição vinculada do Poder Executivo não podendo, sob pena de cometimento de crime de responsabilidade[477], deixar de

---

[473] Constituição Federal. Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

[474] "Repasse duodecimal determinado no art. 168 da Constituição. Garantia de independência, que não está sujeita a programação financeira e ao fluxo da arrecadação. Configura, ao invés, uma ordem de distribuição prioritária (não somente equitativa) de satisfação das dotações orçamentárias, consignadas ao Poder Judiciário." (MS 21.450, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 5-6-1992.). No mesmo sentido veja-se o decidido pelo STF nos seguintes processos: MS nº 23267, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e julgado em 03 de abril de 2003 e AO nº 311-3/AL, relatada pelo Ministro Marco Aurélio em julgada em 26 de junho de 1996.

[475] Veja-se a decisão proferida pelo STF no MS 21291 AgR-QO / DF - DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM NO AG.REG.NO MANDADO DE SEGURANÇA. Relator: Min. CELSO DE MELLO, citada na nota 466.

[476] Ver a decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 3689/MA julgada em 21 de novembro de 2008, conforme referenciado na nota nº 440.

[477] Conforme artigo 85, II e VI da CF, a seguir: Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] II - o livre exercício do Poder

cumprir os ditames da lei orçamentária, efetuando o repasse desvinculado da programação financeira e ao fluxo da arrecadação. A omissão do Poder Executivo, além de caracterizar a ocorrência de crime de responsabilidade, representa ilegalidade passível de suprimento mediante o recurso ao Poder Judiciário, com a competência originária do STF[478], caso a mora incida sobre recursos que devam ser repassados ao Poder Judiciário (art. 102, I "n" da CF).

Nesta situação, a gestão do orçamento não pode ser considerada como uma possibilidade, mas sim uma imposição ao Poder Executivo que não poderá deixar de colocar à disposição da entidade autônoma pertinente, o valor do duodécimo que lhe couber, conforme a dotação que constar da lei do orçamento anual.

Também constituem repasses obrigatórios as vinculações constitucionais de receitas, que abrangem o custeio de ações e serviços públicos na área da saúde e na educação. O artigo 211 da Constituição Federal distribui a responsabilidade pela educação entre as esferas federal, estadual e municipal. Cabe à União a organização e financiamento do sistema federal de ensino, aos Estados a organização e funcionamento do ensino nos níveis fundamental e médio e aos

---

Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; [...] VI - a lei orçamentária

[478] Além dos precedentes já citados na nota nº 475 ver também o Mandado de Segurança nº 22384, relatado pelo Ministro Sidney Sanches e julgado em 14 de agosto de 1997. "DIREITO CONSTITUCIONAL, FINANCEIRO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CONTRA OMISSÃO DE GOVERNADOR DO ESTADO: DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS (REPASSE DOS DUODÉCIMOS) (ART. 168 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO S. T. F. (ART. 102, I, "N", DA C.F.). LEGITIMIDADE ATIVA. LEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE DE AGIR. 1. A competência originária do S. T. F., para o processo e julgamento da impetração, com base no art. 102, I, "n", da C. F. , ficou bem demonstrada na petição inicial, com indicação, inclusive, de precedentes do Plenário, em situações análogas. 2. O Tribunal de Justiça tem legitimidade ativa para pleitear, mediante Mandado de Segurança, o repasse dos duodécimos, de que trata o art. 168 da C.F. 3. E o Governador do Estado legitimidade passiva, pois é a autoridade responsável por essa providência. 4. Embora o impetrante pudesse utilizar-se da via ordinária, em processo de ação cominatória, nada impedia que se valesse da via do Mandado de Segurança, pelo qual também se pode, em tese, compelir a autoridade pública à prática de algum ato, que haja deixado de praticar, e a que esteja juridicamente vinculada. 5. O repasse dos duodécimos vencidos antes da impetração, relativos aos meses de setembro e outubro de 1995, já ocorreu, em cumprimento à medida liminar deferida. Assim, também, aquele relativo aos meses subseqüentes, ao menos até o de novembro de 1996. 6. Nesses pontos, portanto, o Mandado de Segurança está prejudicado, pois seu objetivo já foi alcançado. 7. No que concerne, porém, aos meses posteriores, de dezembro de 1996, em diante, o M.S. é deferido, em caráter definitivo, confirmando-se a medida liminar e determinando-se à autoridade coatora que providencie o repasse dos duodécimos, tanto dos que se venceram no curso do processo, quanto dos que se vencerem até o final de seu mandato, sempre até o dia 20 de cada mês. 8. Preliminares rejeitadas. Pedido parcialmente prejudicado. E, noutra parte, deferido, nos termos do voto do Relator. 9. Decisão unânime."

Municípios, a atuação no ensino fundamental e infantil, prioritariamente, com alocação de receitas para estas atividades, consoante disciplinado no artigo 212 da Constituição Federal[479]. Com relação aos recursos vinculados para a saúde, vemos que a questão foi introduzida pela Emenda Constitucional de revisão nº 1 que instituiu o Fundo Social de Emergência com a vinculação de tributos federais ao financiamento do sistema de saúde. A Emenda Constitucional nº 29 estendeu a vinculação, prevendo a possibilidade de intervenção pelo descumprimento da aplicação do percentual mínimo na manutenção e no desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde; estabeleceu os recursos mínimo aplicáveis à ações e serviços públicos de saúde e explicitou os recursos básicos a serem aplicados até 2004 e até a edição da lei complementar a que se refere o artigo 198, § 3º da Constituição Federal[480].

---

[479] Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. § 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213. § 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação. § 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. § 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

[480] A Emenda Constitucional nº 29 previu o financiamento do sistema único de saúde por meio de recursos vinculados a tributos especificados no artigo 198, § § 2º e 3º da CF. Para a União foi especificado que lei complementar deveria prever a base de incidência e o percentual para obter o montante de receita vinculada. Para os Estados e Municípios foram previstas as bases de incidência, porém foi reservada à lei complementar a definição dos percentuais de incidência e os limites de repasse da União aos Estados, Distrito Federal e municípios. Até a presente data não foi editada a lei complementar prevista na norma constitucional, o que atraí a aplicação do artigo 77 do ADCT da CF. “Artigo. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes: I - no caso da União: a) no ano 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento; b) do ano 2001 ao ano 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto - PIB; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento. § 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o

Vale citar ainda como exemplo de elemento vinculado do orçamento público a existência de recursos destinados ao cumprimento dos objetivos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Criado pela Emenda Constitucional nº 3 de 2000, este fundo tem por objetivo viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência. Seus recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida[481], com criação obrigatória de similares estaduais e municipais, nos âmbitos de suas respectivas atribuições[482]. Releva destacar que os valores constitucionalmente destinados a composição deste Fundo não podem ser objeto de desvinculação de receita por expressa disciplina legal.

Foi criada pela Emenda Constitucional nº 45[483] a vinculação da destinação do produto arrecadado à título de custas e emolumentos ao custeio dos serviços de administração da Justiça, bem como prevista a criação do Fundo de Garantia da Execução Trabalhista, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas, consoante disciplinado em lei. O estabelecimento de destinação específica para as receitas decorrentes da arrecadação das taxas e emolumentos de serventias judiciais, além das receitas que irão compor o fundo representam mais um elemento vinculado do orçamento público, de observância obrigatória pela Administração Pública

Já em caráter meramente facultativo foram criadas mais duas vinculações. O Programa de Apoio à Inclusão e Promoção Social e o Fundo Estadual de Fomento à

---

critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal. § 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. "(grifos nossos)

[481] Artigos 79/83 do ADCT da Constituição Federal.

[482] Constituição Federal Art. 82 do ADCT.

[483] Veja redação do artigo 98, § 2º da Constituição Federal e artigo 3º da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Cultura previstos na Emenda Constitucional nº 42, com criação facultada aos Estados e ao Distrito Federal, contando com receitas vinculadas na hipótese de serem efetivamente implementadas pelos Estados ou pelo Distrito Federal.

A vinculação[484] se opera na elaboração da proposta orçamentária, em que deverá restar prevista a alocação de recursos em relação ao destinado constitucionalmente para o custeio destes serviços, consoante os limites previstos nas normas regentes da matéria, consoante visto anteriormente.

De um modo menos evidente, é igualmente possível considerar a modificação da execução orçamentária, quando a majoração do valor arrecadado, em relação às receitas vinculadas, significar proporcional elevação dos valores que poderiam ser disponibilizados para a destinação constitucionalmente prevista, no ano próprio em que se deu a elevação da arrecadação.

A dificuldade está na interpretação realizada a partir da jurisprudência do STF. Refiro-me especificamente à decisão do STF no julgamento da ADI nº 2925-8[485] em que restou decidido que o dispêndio das receitas vinculadas está limitado ao valor contido no orçamento anual e que a variação possivelmente existente na arrecadação não afeta o limite contido no orçamento. Ora, como vimos naquela decisão, a interpretação conferida pelo STF foi no sentido de que a aplicação dos

---

[484] Constituição Federal. Art. 167. São vedados: IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvada a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo. Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

[485] Conforme nota nº 329.

valores arrecadados pelas contribuições previstas no artigo 177, § 4º deverá ser limitada ao montante contido no orçamento para este fim, pelo que eventual elevação implica majoração orçamentária no mesmo ano em que ocorreu a elevação, mas não acarreta a obrigação à administração de proceder ao gasto[486], deste modo a Administração Pública está desobrigada de empregar os recursos para além do que estiver constante no orçamento. Vemos também a resultante da deliberação ocorrida na ADI nº 4167[487] em que o Tribunal, seguindo o voto do relator, concedeu interpretação ao artigo 3º, "caput" da Lei nº 11.738/2009 para determinar sua exigibilidade a partir de 1º de janeiro de 2009. Pelo entendimento esposado pelo STF, as normas orçamentárias representam um limite objetivo para a realização de despesas pela Administração Pública, cabendo respeito aos seus limites. Destaco trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa – relator, proferido na ADI nº 4167:

> O respeito às normas do ciclo orçamentário e de responsabilidade fiscal são essenciais à concretização de uma série de direitos elencados na Constituição de 1988 e que dependem de intervenção estatal. Afinal, toda atuação estatal depende da existência de recursos públicos, angariados nos estritos termos da Constituição e com respeito ao direito de propriedade. Nesse sentido, o art. 169, § 1°, I e II da Constituição vincula a concessão de remuneração e a contratação de pessoal à existência de prévia dotação orçamentária, suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes, e à existência de autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias. Em especial, o rigor fiscal na contenção da folha de pagamentos é um dos principais programas da Lei de Responsabilidade Fiscal. A Lei Complementar 101/2000 prevê não somente limites parciais de gastos por Poder norma cuja constitucionalidade não foi afastada durante o julgamento da medida cautelar na ADI 2.238 (rel. Min. lImar Galvão, DJ de 19.09.2008) como também reafirma que a adequação aos parâmetros estabelecidos pode ser obtida pela drástica relativização da estabilidade que caracteriza o vínculo entre alguns tipos de servidores e a Administração (art. 169, § 4° da Constituição). O quadro também é marcado pela atribuição aos municípios do dever de prover prioritariamente a educação fundamental e a infantil (art. 211, § 2° da Constituição), ambas componentes do ciclo de

---

[486] Relativamente ao deliberado na ADI nº 2925-8 ver notas º 338, 339, 340 e 341.

[487] Ver nota nº 351.

> educação básica. A circunstância torna tais entes diretamente sujeitos aos efeitos financeiros e econômicos das normas...

E mais adiante no mesmo voto:

> Contudo, é lícito presumir que, para os entes com menor capacidade financeira, a necessidade de contratação imediata de pessoal ou de aumento da folha de pagamento poderá redundar em interferência muito profunda na estrutura administrativa, bem corno esbarrar na ausência dos recursos necessários. Como a norma que dispõe sobre o dever da União de complementar os valores devidos não tem aplicação imediata e ampla, sua força para sanar o risco orçamentário não pode ser imediatamente identificada.

Todavia, cremos que a interpretação desta orientação do STF deve ser no sentido da impossibilidade da geração de despesa sem a correspondente fonte de custeio. A Administração não pode sofrer o impacto decorrente de uma despesa, para a qual não está orçamentariamente preparada. Contudo, isto não significa a imediata proibição da elevação da dotação disponível quando a receita vinculada tiver sido subestimada.

Tratando-se de despesa vinculada a uma receita especificada constitucionalmente, a elevação da receita pode, sem risco de violar a norma do orçamento, implicar a majoração dos valores disponíveis para a realização dos programas e atividades a que esta receita corresponda. Tal poderá ocorrer sem atrito com as disposições constitucionais que cercam a elaboração e execução do orçamento, pois preservada a relação existente entre a receita e a despesa. Assim, as dotações apenas sofrerão incremento se e quando houver a elevação de receita, mantendo a correspondência prevista na Constituição Federal. Ora, se a Constituição determina que determinado percentual da receita seja aplicado em destinação específica, a elevação da arrecadação implica a elevação da dotação disponível para a execução dos programas vinculados àquela finalidade, mercê da vinculação objetiva do legislador e do gestor público à normatividade da Constituição Federal.

É de notar que esta situação se apresenta diversa do deliberado pelo STF quando discorreu sobre a necessidade de preservar a regra do artigo 167, II da Constituição Federal[488]. Nesta hipótese, tínhamos a transformação de um ingresso em receita sem previsão orçamentária, ou seja, estranha ao controle parlamentar a respeito dos recursos disponíveis para a realização das necessidades do Estado. Na hipótese de elevação dos recursos pelo incremento de arrecadação vinculada, temos a prévia submissão à deliberação parlamentar, seja em sede constitucional, seja como norma infraconstitucional, com a manifestada opção pelo estabelecimento de uma proporção que entendeu adequada para suprir a necessidade pública.

Deixar de proceder à elevação dos recursos em proporção semelhante implica violar esta vontade do legislador, quebrando a regra de correspondência entre receita e despesa.

Desta forma, vemos a vinculação se estabelece na elaboração do orçamento, em que a projeção da receita permite a fixação dos valores correspondentes ao repasse das vinculações constitucionais, consolidando no orçamento, patamar relativo aos recursos disponíveis para atendimento destas vinculações. Neste sentido, a elaboração da norma está vinculada ao que dispõe a Constituição Federal[489]. Similar situação ocorre com a execução do orçamento na hipótese de majoração da arrecadação em relação às receitas vinculadas, cabendo ao gestor público cumprir a norma, mantendo a correspondência existente entre arrecadação e dotação no limite da proporção previamente estabelecida.

Considerando, apenas a título de exemplo, na aplicação da norma contida no artigo 198, § 2º, I, II e III da Constituição Federal, a União, os Estados e os Municípios estão jungidos à aplicação dos percentuais especificados em ações e serviços públicos de saúde, relativamente à arrecadação dos tributos vinculado. Na hipótese de incremento da arrecadação, o repasse será elevado com a correspondente possibilidade da realização de gasto em virtude do incremento da

---

[488] Neste sentido ver também a deliberação ocorrida no julgamento da ADI nº 2855, conforme nota nº 375.

[489] Ver notas nº 398, 399, 400, 401 e 402.

receita. Este procedimento se apresenta harmônico com a Constituição e não descura da jurisprudência do STF vigente sobre a questão.

Porém, assentada a premissa da vinculação orçamentária na elaboração do orçamento e na eventual majoração pela variação positiva da arrecadação das receitas vinculadas, cabe efetuar uma indagação: o gasto da dotação resultante da receita vinculada é obrigatório?

Já procuramos tratar desta matéria quando abordamos a questão relativa à plena executabilidade do orçamento, ao considerarmos que a concepção de orçamento que surge com a Constituição Federal de 1988 possui dois sentidos paralelos e complementares: o primeiro diz respeito ao orçamento como mecanismo de planejamento, com a finalidade de realizar os objetivos fundamentais da República; o segundo diz respeito à ampliação das atribuições e responsabilidades do Congresso Nacional. Neste sentido, temos que o orçamento não é mais apenas uma peça limitadora dos gastos da Administração Pública, cuja gestão pertence ao Poder Executivo. Sua função passa a ser de instrumento para expressar a vontade do Poder Público na satisfação ou atendimento de determinada necessidade considerada relevante, resultante de planejamento desdobrado a partir do Plano Plurianual, passando pela Lei de Diretrizes Orçamentária, até o detalhamento da Lei de Orçamento Anual. O orçamento é resultante do planejamento, e o agir administrativo que implementa a vontade da lei passa a ser objeto de controle, cabendo aos Poderes Públicos a verificação da correspondência da atuação do gestor do orçamento com os motivos que determinam esta atuação.

Em princípio, o atendimento aos direitos e necessidades públicas se materializa pela opção administrativa na sua satisfação a partir da alocação de recursos no orçamento público. Realizada a opção pelo implemento de determinada política pública, a atuação administrativa pela sua execução se impõe como decorrente do princípio da legalidade. Não se trata de uma faculdade ou possibilidade de atuação do gestor público, mas sim um dever legal ao qual apenas pode se furtar, mediante fundada justificativa, passível de verificação pelos órgãos

internos e externos de controle do agir administrativo, destacando-se o Poder Judiciário.

Assim, a questão deixa de ser a obrigação ou não de gastar. Passa a ser a necessidade do implemento de política pública para cuja satisfação foi alocada dotação no orçamento e a plena controlabilidade da atuação administrativa na implementação, seja sob o ponto de vista da não-execução, seja do ponto de vista da implementação desviada da finalidade desta política pública. Aceita a premissa da controlabilidade, a obrigação ou não do gasto passa a ter uma importância secundária.

5.3.6 Vinculação na execução orçamentária dos precatórios judiciais

Não é possível olvidar, tratando-se de vinculação na execução de norma orçamentária, da disposição, contida no artigo 100 da Constituição Federal, que fixa o sistema de pagamento dos débitos judicialmente reconhecidos da Administração Pública[490].

A regulação dos pagamentos que deveriam ser efetuados aos credores da Administração Pública em virtude do reconhecimento decorrente de decisão judicial era efetuada pelo Decreto nº 3084/1898[491], sem a garantia de pagamento ao credor[492]. A questão foi constitucionalizada a partir da Constituição de 1934, com o estabelecimento de mecanismo especial de pagamento dos valores devidos, excluindo-os da execução forçada como método ordinário de pagamento ao credor. Com a Constituição de 1988 foi instituído uma modalidade de pagamento diferenciado dos valores de natureza não-alimentar, permitindo seu pagamento em

---

[490] Observar o tratado no capítulo referente ao precatório judicial e a elaboração do orçamento.

[491] "Art. 41. Sendo a Fazenda condemnada por sentença a algum pagamento, estão livres de penhora os bens nacionaes, os quaes não podem ser alienados sinão por acto legislativo. A sentença será executada, depois de haver passado em julgado e de ter sido intimado o procurador da Fazenda, si este não lhe offerecer embargos, expedindo o juiz precatoria ao Thesouro para effectuar-se o pagamento."

[492] Conforme referencia de Silva (2007, p. 520).

oito anos, com prestações anuais, iguais e sucessivas. A matéria foi modificada com a Emenda Constitucional nº 20/1998 e sucessivamente pelas emendas 30/2000, 37/2002 e, recentemente a emenda 62/2009, de sorte que o sistema atualmente em vigor[493] estabelece três distintas modalidades de pagamento: os débitos de natureza alimentícia; os débitos de pequeno valor e os decorrentes de condenação judicial que não se enquadram nas hipóteses anteriores. Os valores bastantes para os pagamentos devem estar alocados no orçamento, considerando os precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano, sendo certo que, na hipótese de insuficiência do valor alocado, deverá ser efetuado reforço de consignação, mediante crédito adicional.

As dotações orçamentárias são créditos vinculados no orçamento[494], sendo colocados à disposição do Presidente do Tribunal requisitante para pagamento ao

---

[493] Constituição Federal. Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. § 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exeqüenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito. § 3º O disposto no caput deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. § 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste artigo e, em parte, mediante expedição de precatório. § 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público. § 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.

[494] Reforça a noção de crédito vinculado a possibilidade de destinação direta de recursos para pagamento dos valores devidos mediante precatório requisitório. Veja-se a resolução do CNJ a seguir resumida: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. RESOLUÇÃO Nº 115, de 29 de junho de 2010. Dispõe sobre a Gestão de Precatórios no âmbito do Poder Judiciário e dá outras previdências. Art. 1º O Sistema de Gestão de Precatórios – SGP, instituído no âmbito do Poder Judiciário e gerido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, tem por base banco de dados de caráter nacional, alimentado pelos Tribunais descritos nos incisos II a VII do Art. 92 da Constituição Federal, com as seguintes informações:...Art. 2º Através do SGP, os Tribunais poderão monitorar o pagamento de precatórios, verificando o descumprimento das normas constitucionais, legais e regulamentares por parte das entidades de Direito Público devedoras no pagamento de precatórios e adotando as medidas cabíveis. Art. 19. Optando a entidade devedora pela vinculação de percentual da receita corrente líquida, deverá ser depositado mensalmente, em contas à disposição do Tribunal de Justiça local, o percentual que nos termos do inciso I do § 1º e § 2º do artigo 97 do ADCT tiver sido vinculado a tal finalidade, calculado sobre 1/12 (um doze avos) da

credor, observada a ordem cronológica da apresentação do precatório. Os valores atinentes a estes pagamentos são consignados diretamente no orçamento do tribunal que, a partir da disponibilização no orçamento, se torna responsável pelo pagamento ao credor. Todavia, para que esta responsabilidade possa ser atribuída ao Presidente do Tribunal responsável pela execução da decisão transitada em julgado, mister se faz a alocação dos valores no orçamento e sua disponibilização financeira a critério da autoridade judicial para pagamento, como vimos, observada a ordem cronológica. Na hipótese de existência de dotação orçamentária e a ocorrência de inação do administrador público em disponibilizar montante financeiro para seu cumprimento implica a ocorrência de crime de responsabilidade (Lei nº 1079/50, art. 10, 4), sujeitando o chefe do poder executivo à perda do cargo e à inabilitação para o exercício de função pública por oito anos (art. 52, parágrafo único da CF)

A destinação é específica e limitada e, desta forma, perfeitamente controlada pelos mecanismos de controle externo e interno da Administração Pública, incluso o próprio Poder Judiciário[495]. Ademais, para além da formulação sistemática que leva à conclusão da atividade vinculada na execução do orçamento, relativamente às despesas decorrentes do pagamento dos credores da fazenda, vemos a literal disposição do artigo 100 da CF[496] que prevê a responsabilização da autoridade judiciária que deixar de executar o orçamento disponibilizado em relação aos valores que irão ser adimplidos mediante o uso do precatório. Esta norma já existia, parcialmente, em virtude da Emenda Constitucional nº 30 de 2000, sendo acrescido

---

receita corrente líquida apurada no segundo mês anterior ao mês do depósito, sendo o percentual determinado pelo total devido na data da promulgação da EC 62/09, compreendendo a administração direta e indireta, incluindo autarquias, fundações e universidades vinculadas à Unidade Devedora. Parágrafo único. Pelo menos 50% (cinqüenta por cento) dos recursos terão que ser destinados ao pagamento em ordem cronológica (§ 6º do artigo 97 do ADCT), cabendo à entidade devedora indicar a aplicação dos recursos restantes (§ 8º, incisos I, II e III do artigo 97 do ADCT), depositando-se em contas separadas os recursos destinados a cada finalidade. Publicada no DJ-e nº 119/2010, em 02/07/2010, pág. 10-17.

[495] Constituição Federal. Art. 100, § 2º.

[496] Constituição Federal. Artigo 100 § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça.

para abranger a possibilidade de responsabilização perante o Conselho Nacional de Justiça.

É de notar que o Presidente do Tribunal respectivo atua como administrador público, gerenciando os valores apostos no orçamento do Tribunal para a quitação dos débitos, devendo proceder à execução orçamentária obrigatoriamente, sob pena de responsabilidade. Observe-se ainda que a responsabilização não decorre apenas da preterição no pagamento, o que caracterizaria o ato comissivo, mas igualmente, é possível caracterizar a ocorrência de violação de dever funcional, em face da a omissão do administrador em deixar de proceder a liquidação da despesa. Desta maneira, o presidente do tribunal, como gestor público encarregado da execução orçamentária, está materialmente obrigado a realizar o orçamento, colocando à disposição do credor os valores devidos e alocados no orçamento do tribunal respectivo com esta específica destinação.

O descumprimento da execução do orçamento, considerando a disciplina constitucional dos pagamentos aos credores da Fazenda Pública, recai sobre o presidente do Tribunal competente para pagamento do precatório, quando ocorre o descumprimento após a disponibilização dos valores à conta do tribunal respectivo. Observe-se, quanto a isto, a recente disciplina do Conselho Nacional de Justiça a respeito dos precatórios.

O CNJ aprovou em 29 de junho do corrente a Resolução nº 115[497] que dispõe sobre a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Esta resolução tem por finalidade estabelecer um procedimento uniforme do controle da emissão do precatório judicial até sua quitação, criando mecanismos de conteúdo obrigatório aos órgãos do Poder Judiciário incumbidos de sua emissão, e regulamentando sanções que possam ser impostas aos órgãos públicos em caso de descumprimento. Vale destacar, dentre os itens constantes da resolução:

---

[497] Publicada no DL-e nº 119/2010, em 02 de julho de 2010.

a) a criação de um banco de dados nacional relativos aos precatórios expedidos, cumpridos e não-pagos por exercício;

b) a publicidade dos precatórios pendentes em cada tribunal, com acesso pela Internet;

c) a criação de um Cadastro de Entidades Devedoras Inadimplentes – CEDIN, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, no qual constarão as entidades devedoras que não realizarem a liberação tempestiva dos recursos para quitação dos precatórios vencidos e não pagos até a data da publicação da Emenda Constitucional nº 62 (10 de dezembro de 2009), aplicando-se a elas as seguintes sanções[498]:

- não poderá contrair empréstimo externo ou interno,
- não poderá receber transferências voluntárias enquanto nele figurar,
- não poderá receber os repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios;
- a regulamentação da possibilidade de compensação;
- criação de um comitê gestor dos precatórios - composto por um juiz estadual, um Federal e um do trabalho e seus respectivos suplentes – que irá auxiliar o presidente do tribunal de Justiça estadual no controle dos pagamentos, com competência para apreciar os incidentes acerca do posicionamento de credores, titulares de condenações de distintos Tribunais;
- regulamentou a preferência dos créditos dos idosos e portadores de doenças graves, fixando que esta será limitada

[498] Ver nota nº 417

ao triplo do valor estipulado por lei editada no âmbito da entidade devedora, para as requisições de pequeno valor ou, na falta de lei, ao triplo dos valores definidos no § 12, incisos I e II do art. 97 do ADCT, não podendo ser inferior ao maior valor do benefício do regime geral de previdência social;

- regulamentou a expressão ”idoso” e listou as patologias consideradas graves para aferirem o benefício;
- egulamentou a cessão de precatório;
- regulamentou a possibilidade de vinculação da receita líquida da entidade devedora, com depósito mensal na conta do Tribunal de Justiça requisitante;
- regulamentou a realização de leilões de precatórios, mediante convênios com entidade autorizada pela Comissão de Valores Mobiliário ou realizados pelo Banco do Brasil;
- regulamentou os casos de sequestro, por violação ao artigo 100 e artigo 97 do ADCT da Constituição Federal e retenção, na hipótese de não liberação tempestiva de recurso, com requisição do CNJ à Secretaria do Tesouro Nacional, de valores dos repasses relativos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios e
- fixou a forma de atualização monetária dos precatórios disciplinando que deve ser usado o índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios.

Como se verifica a disciplina realizada pela citada resolução é ampla e visa dar uma solução nacional ao problema do não-pagamento do precatório judicial. Não

é objeto do presente estudo avaliar a forma como o CNJ está disciplinando a questão, todavia, não é possível deixar de perceber que a ampla regulamentação apenas evidencia a falência do sistema de quitação judicial dos débitos da Fazenda Pública, carecendo uma solução tão ampla como a enunciada pela retro citada resolução, pela pura falta de punição suficiente para o descumprimento da Constituição e da lei orçamentária[499]. Para bem perceber o que denomino de "falência" destaco unicamente a previsão da possibilidade de leilão do precatório, regulamentado pela resolução supra e previsto na Emenda Constitucional nº 62. Parece incrível que um credor, depois de cumprir um árduo périplo pelas instâncias do Poder Judiciário, na fase de conhecimento e na fase de execução, com ampla possibilidade recursal pelo Poder Público, venha, ao final de longos anos de espera, receber menos do que o valor que lhe é devido em virtude da submissão, voluntária, a um sistema em quem pede menos pelo que lhe é devido, recebe em primeiro lugar.

Importante destacar que, em relação aos precatórios judiciais, temos uma forma de vinculação do orçamento pela despesa especificada. A obrigação de cumprir o orçamento decorre da existência da despesa e da alocação de recursos no orçamento para atendimento de determinação constitucional. Não existe vinculação da receita. O montante para pagamento dos precatórios judiciais advém das dotações próprias do orçamento.

Esta forma, tratando-se de vinculação, seja pela receita, seja pela despesa, exsurge a obrigação da Administração Pública à realização de despesas, restringindo-lhe a atuação na elaboração e na execução do orçamento, de sorte a guardar correspondência com determinada política ditada pelas normas constitucionais que determinam a vinculação.

---

[499] A perda do cargo pelo cometimento do crime de responsabilidade e a intervenção Federal ou Estadual deveriam ser bastante para inibir o descumprimento. A remota possibilidade de aplicação de quaisquer destas medidas levou a adoção de procedimento como preconizado pelo CNJ.

5.3.7 Baliza à atuação judicial no controle da execução orçamentária

É de notar que, nas hipóteses anteriores, temos uma definição de agir estatal delimitado pelo ordenamento jurídico constitucional que materializou opção do poder constituinte a respeito da realização de uma determinada despesa para satisfazer um direito que considera relevante. Neste sentido a opção política a respeito do direito a ser implementado/satisfeito já foi tomada pelas instâncias de deliberação política legitimadas para a realização desta escolha, cabendo ao Poder Judiciário realizar o controle da constitucionalidade e legalidade das normas que demandam a realização das ações queridas no ordenamento jurídico. Neste agir, temos a existência de dois planos concomitantes: a constitucionalidade e a legalidade.

No primeiro temos a verificação da conformação do orçamento ou de sua execução em correspondência com as normas constitucionais que regulamentam a realização da despesa pública. Vale dizer, neste aspecto que é possível verificar a compatibilidade do conteúdo da ação do Poder Público na execução do orçamento e a norma constitucional, observados seus parâmetros próprios de aplicabilidade. A norma constitucional que amplamente enumera suas hipóteses de incidência deverá ser aplicada nos estritos limites definidos pelo poder constituinte, sem dar margem ao administrador ou ao legislador a variação de aplicação para além ou aquém do constitucionalmente definido. Por exemplo, a realização de despesa para a execução de programa sem a prévia inclusão no orçamento anual, ou ainda a abertura de crédito extraordinário para atendimento às necessidades ordinárias da administração por meio de medida provisória (artigo 167, § 3º da CF), são hipótese de aplicação do orçamento expressamente proibidas pela Constituição e, neste mister, é ampla a possibilidade de controle da constitucionalidade do agir do Poder Público pelo Poder Judiciário, que deverá invalidar o ato administrativo praticado em desacordo como os preceitos constitucionais. A mesma linha segue a aplicação de receita decorrente de arrecadação de contribuição definida no artigo 195, I da Constituição Federal no pagamento de despesas estranhas à área da seguridade social ou mesmo a omissão do repasse dos duodécimos das dotações

orçamentárias aos órgãos do Poder Legislativo, Poder Judiciário e ao Ministério Público (artigo 168 da Constituição Federal). Em todas estas situações, é possível o controle da execução do orçamento, de sorte e preservar a normatividade da Constituição Federal, tendo em vista a expressa decisão do poder constituinte em definir estes procedimentos no texto da Constituição. Assim, a existência de parâmetros constitucionais definidos autoriza a atuação do Poder Judiciário, inclusive sobre o procedimento de execução do orçamento, invalidando o ato legislativo ou administrativo que viole a Constituição.

É claro que não se pode negar ao Poder Judiciário a possibilidade de atuação, verificando a compatibilidade de determinada política pública desenvolvida à luz da Constituição, provocando a anulação do ato respectivo no caso desta política, mesmo se sufragada pelo Parlamento, violar o texto constitucional. É a hipótese do surgimento de programa de saúde que implique a esterilização de deficientes mentais ou de portadores de alguma anomalia genética[500], ou mesmo de esterilização de trabalhadoras com a alegada finalidade de dar cumprimento ao preceito constitucional que garante a proteção ao mercado de trabalho da mulher[501]. Todavia este não chega a ser um controle de constitucionalidade do orçamento público, mas sim da política definida pelos órgãos do Estado, de que o orçamento é mero reflexo de meios para efetivação. Neste campo, a atuação judicial é possível para preservar a supremacia do texto constitucional.

Em um Estado de Direito todas as decisões, em maior ou menor medida, são passíveis de questionamento em relação a sua compatibilidade substancial ou formal com a Constituição. Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (2004, p.251)[502]:

---

[500] Para quem possa considerar esta hipótese absurda, recomendo a leitura do livro “A guerra contra os fracos” de Edwin Black, atinente aos programas de eugenia desenvolvidos nos Estados Unidos no primeiro lustro do século XX.

[501] Constituição Federal: “Artigo. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:” “XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”

> Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y ' en caso de hallar divergencias ' reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <diálogo> entre los distintos poderes del Estado para La concreción del programa jurídico-político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.

A decisão que considere a política como incompatível com a Constituição possui reflexo indireto no orçamento na medida em que implicará sua modificação. Neste sentido, é necessário um cuidado redobrado no limite existente entre o direito de opção dos órgãos Executivo e Legislativo na conformação das políticas públicas e o dever do Poder Judiciário em preservar a normatividade da Constituição, tutelando o direito individual e coletivo por ela amparado.

Aqui vale recordar a distinção importante entre a história da formação dos modelos de controle de constitucionalidade da Europa continental e o sistema americano, de onde originariamente decorre nosso sistema de controle de constitucionalidade. Na Europa continental é clara a noção da supremacia da lei como expressão da vontade geral, decorrente da atuação do Parlamento[503]. Os direitos são garantidos através da lei e não contra a lei, combinado com uma forte desconfiança para com os juízes, encarregados da fiscalização da aplicação da lei em sentido estrito. Os tribunais constitucionais nesta concepção atuam em representação do povo, estatuindo em seu nome e da constituição, mitigando a original concepção de reverência absoluta do ato legislativo como fonte única do direito. A concepção americana não possui esta reverência, significando a encarnação do pacto social, como representação autêntica da vontade geral, cabendo ao Poder Judiciário a função de intérprete derradeiro da vontade da Constituição, procedendo à interpretação não apenas das regras existentes no

[503] Neste sentido ver, dentre todos, Queiroz (2000).

ordenamento, mas também e principalmente dos princípios que o informam[504]. Narra Cristina Queiroz um processo de convergência em decorrência da realidade constitucional posterior a Segunda Guerra Mundial:

> Esta tendência para a superação do positivismo jurídico, e do estadualismo que o acompanha, leva, no post-1945, a reconhecer o direito judicial como uma sistema de produção normativo, autônomo e concorrente com o direito legal. A atenção prestada à função judicial – até então esquecida e secundarizada – vem a produzir, no eixo euro-atlântico, um aumento considerável dos poderes do juiz. Esta mutação qualitativa do papel (e a *fortiori* do estatuto) do juiz-aplicador, coloca na ordem do dia a questão (problemática) da reavaliação da relação entre a legislação e a jurisdição, a questão da reavaliação da relação entre o *ius scriptum* e o *ius non scriptum*, a relação entre a lei e o direito" (32)

Em nossa realidade constitucional, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário atuar na conformação do direito constitucional, superando a vontade do legislador e do administrador, na tutela de direitos individuais e coletivos resguardados pela Constituição. Neste caso, o poder dos órgãos judiciais permite sua atuação no sentido de nulificar legitimamente as deliberações dos Poderes Executivo e Legislativo, restabelecendo a vontade da Constituição. Neste sentido, podemos encontrar vastos exemplos de atuação do STF e do STJ conferindo validade a direito individual em face do Poder Público, arrostando políticas públicas em prol da tutela específica a direitos que reconhece sobredeterminantes.

Tal é singularmente presente na concepção que tem sido aplicada em relação ao direito à saúde, como reconhecido pelo artigo 196 da Constituição Federal. No resguardo deste direito, o Poder Judiciário tem determinado ao Poder Público a destinação de recursos para a realização de tratamento médico a pessoas individualmente consideradas, com a imposição de multas e gravames em caso de descumprimento, chegando ao sequestro de valores orçamentários para proceder à tutela de direito que considera fundamental.[505] Esta modalidade de decisão tem

---

[504] Para tanto ver Dworkin (2000, p. 175 ss)

[505] Exemplificativamente em relação ao STJ ver REsp 832.317, julgado em 19 de setembro de 2006, com a seguinte ementa: PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. 1. O Tribunal a quo

transformado o Poder Judiciário em autêntico “ordenador de despesa pública”[506], alterando o planejamento estatal e a opção política quanto a forma e o tempo de satisfação dos direitos previstos na Constituição.

Já vimos ser possível ao gestor público a eleição de meios para atender aos objetivos discriminados no texto constitucional. Esta opção pela forma de cumprimento é inerente a atividade discricionária do Estado e, exercida em conformidade com o sentido da Constituição, não merece censura judicial. Da mesma forma, o tempo de satisfação é matéria que deve, em princípio, ser conferida à possibilidade de atuação do gestor público. Tal é fato pela mera constatação da impossibilidade da satisfação plena e completa de todos os direitos ao mesmo tempo. Nossa Constituição enuncia como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza, a discriminação e reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Este enunciado deixa claro tratar-se de um processo cumulativo, que não pode ser implementado de

---

examinou e decidiu, fundamentada e suficientemente, os pontos suscitados pela parte recorrente, não havendo, assim, por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional. 2. A Constituição Federal excepcionou da exigência do precatório os créditos de natureza alimentícia, entre os quais incluem-se aqueles relacionados à garantia da manutenção da vida, como os decorrentes do fornecimento de medicamentos pelo Estado. 3. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. 4. Recurso especial improvido. Em relação ao STF ver Ag. Reg. Pet. 1246-1, com a decisão monocrática a seguir transcrita: D E S P A C H O : A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense - longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se. Brasília, 31 de janeiro de 1997. Em sentido similar ver a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no RE 393175 AgR em 12 de dezembro de 2006.

506 Expressão utilizada por Fernando Scaff (2008, p. 152) .

única vez, sendo construído por meio de uma opção clara da sociedade em direcionar seus esforças para a futura consecução deste objetivo. Na mesma linha segue a existência de outros direitos que devem ser concretizados, porém a forma e o grau de sua fruição é matéria inicialmente reservada ao critério do Administrador.

Observando o viés apresentado, é de se destacar o pronunciamento do Ministro Marco Aurélio, na apreciação do pedido formulado da ADI nº 2925[507], relativa à destinação da arrecadação dos valores da CIDE-Petróleo, em que expressa a primazia do legislador/administrador e a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no implemento de uma vontade explicitada no comando constitucional.

> Senhor Presidente, apenas um aspecto que estimo ressaltar. Na hipótese, quer receita, quer destinação de uma receita, não se discute, considerada a discrição na elaboração da lei orçamentária. Quando o Tribunal proclamou não convir o controle concentrado relativamente à lei orçamentária, fê-lo a partir da premissa de que esta teria ficado no âmbito da opção política. Aqui, não é isso o que ocorre. Argumenta-se que se acabou por lançar mão, muito embora de forma limitada, de recursos que a própria Carta Federal revela com destinação específica. Busca-se, justamente, a guarda da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, no que a lei orçamentária estaria a conflitar, de modo frontal, com texto nela contido, mais precisamente com o disposto no artigo 177, § 4 2 • Se entendermos caber a generalização, afastando por completo a possibilidade do controle concentrado, desde que o ato impugnado seja lei orçamentária, terminaremos por colocar a lei orçamentária acima da Carta da República.

---

[507] Ver nota nº 329 e seguintes

5.3.7.1 O controle da norma do orçamento e o direito à saúde

Acredito ser emblemático o caso do direito social à saúde, justificando sua abordagem destacada. Consagrado constitucionalmente no artigo 196, afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. A literalidade do texto parece conferir a qualquer pessoa o direito de acionar o Estado na obtenção de seu direito individual do gozo da boa saúde, independentemente da necessidade do respeito a políticas públicas, previstas em específico planejamento estatal e materializadas pela norma orçamentária, cabendo ao Poder Judiciário impor o direito deste usufruto. Contudo, esta visão não se harmoniza com a necessidade do estabelecimento de política pública que permita a todos o usufruto do direito.

Não é possível descurar da realidade em que os recursos para atendimento às demandas são naturalmente finitos e carentes de uma utilização planejada, de sorte a propiciar que maior quantidade possível de pessoas possa fruir de um direito consagrado como de todos. Para tanto, impõe-se uma atuação ordenada de modo a maximizar os recursos existentes na adoção de políticas públicas de saúde, com vista à defesa do direito coletivo de usufruto da promessa constitucional. A interpretação individualizada deste preceito, além de outros na Constituição, conduz à possibilidade de captura de recursos públicos por indivíduos ou grupo de indivíduos em detrimento do conjunto da população que poderia ter sido beneficiada por políticas públicas abrangentes, inviabilizadas pelo “sequestro”[508] de recursos orçamentários para a satisfação de direito individual. Claro que o interesse individual não desnatura o direito a ser tutelado, o direito à saúde de um só é efetivamente importante e merece a consideração possível dos poderes públicos no sentido de

[508] A contrapartida seria ainda pior. A realização de despesa pública sem previsão orçamentária viola diretamente a Constituição. A respeito da captura de recursos públicos para a satisfação de interesse individual ou grupal ver Scaff (2008).

retomar à sanidade. Contudo, não é possível que o direito individual prevaleça sobre o direito da coletividade e que os recursos públicos sejam apropriados em detrimento de uma comunidade que carece da atuação do Estado. A possibilidade de atuação do Poder Judiciário no implemento desta forma de direito individualizado não serve ao conjunto da sociedade, podendo chegar a negação do direito social à saúde, inviabilizado pela apropriação desordenada a pretexto de garantir o direito constitucional.

Neste sentido, veja-se a manifestação de Novais (2010, p. 100-101):

> Assim, o Estado está obrigado a realizar e concretizar o direito à protecção da saúde na maior medida possível, tendo em conta as respectivas disponibilidades, mas o particular não pode exigir judicialmente a prestação de todo e qualquer cuidado médico ou de saúde se o Estado puder mobilizar a seu favor aquelas reservas, designadamente se o Estado não dispuser das condições materiais que lhe permitam disponibilizar tal cuidado em igual medida a todos os cidadãos. Ora, numa situação de estrutural escassez de meios, cabe, por isso mesmo, ao legislador democrático, designadamente ao legislador que aprova o orçamento, uma relativamente ampla margem de decisão quanto à mais adequada distribuição dos recursos afectos à realização, não apenas do direito à proteção da saúde, mas de todos os outros direitos sociais igualmente consagrados na Constituição.
>
> Neste sentido, a vinculação jurídica que obriga os poderes constituídos no domínio da dimensão principal dos direitos sociais é uma vinculação de algum modo atenuada pelos condicionamentos financeiros que são indissociáveis da especial natureza destes direitos. Os direitos sociais, nesta sua dimensão de prestação positiva, de promoção do acesso, são de realização gradual e diferida no tempo, em função dos recursos materiais, humanos e financeiros que o Estado pode afectar à respectiva realização.
>
> Isso não significa, porém, que os poderes constituídos sejam inteiramente livres nessa actuação de realização progressiva dos direitos sociais. Como se disse, a natureza materialmente jusfundamental e o reconhecimento formalmente constitucional dos direitos sociais significam, por definição, vinculação jurídica, condicionamento e sujeição do Estado relativamente à obrigatoriedade daquela realização.

A obrigatoriedade da realização não pode significar a apropriação desordenada pela ausência de uma política pública que caminhe no sentido do implemento do direito, considerando as condições materiais existentes. A negação

do direito pode advir pela mera circunstância da impossibilidade da satisfação integral do direito de todos. Os recursos disponíveis são finitos e as demandas sociais, especialmente na questão atinente à prestação de serviços de saúde, infinitos. Sempre haverá um tratamento, um meio, mesmo que remoto, capaz de propiciar esperança de cura ao padecente, com custos proporcionais à promessa realizada. Evidentemente, a situação em que todas as demandas de saúde dos cidadãos individualmente considerados pudessem ser atendidas seria o desejável e constitui o objetivo de nossa norma constitucional. Todavia, isto não é factível no momento, e a atuação do Poder Judiciário no implemento deste direito deve considerar esta realidade e, neste sentido, erigir parâmetros de atuação que compatibilizem a necessidade de conferir cumprimento ao mandamento constitucional ao lado da necessidade de preservar a possibilitada da atuação planejada do Estado, construindo políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos.

Em um sentido global é mais importante o desenvolvimento de políticas públicas que permitam a distribuição de recursos do que a possibilidade do atendimento individualizado, mesmo em se tratando de ação de serviço de saúde. Observe-se, neste sentido, o que enuncia Amartya Sen e Bernardo Klisksberg (2010, p.81)

> A violação da equidade de saúde não pode ser julgada meramente a partir da desigualdade na saúde. De fato, pode-se afirmar que algumas das questões mais importantes na política de promoção de atendimento de saúde são profundamente dependentes da alocação geral de recursos para a saúde em vez de meros arranjos distributivos dentro do atendimento de saúde (como o “racionamento” de atendimento de saúde e de outros determinantes de saúde) no qual boa parte da bibliografia sobre justiça na saúde parece, neste momento, concentrar-se.”

Deve ser conferida a preponderância à adoção de políticas globais em substituição ao enfrentamento individualizado da implementação deste direito fundamental. Nossa norma constitucional considera a necessidade de dar proteção ao gozo igualitário do direito fundamental, gozo este que é obstado pela possibilidade da negação da política pública em função da proteção individualizada.

Malgrado nosso coletivo desejo, o acesso ao Poder Judiciário, instância que se tem mostrado apta a tutelar o direito individual à saúde, não é pleno para todas as pessoas. Fatores condicionantes, tais como moradia, educação, cultura, situação econômica e familiar provocam um acesso diferenciado aos serviços públicos postos à disposição da população. As pessoas mais necessitadas são justamente as que menor acesso possuem aos serviços judiciários. Desta forma, não é possível concluir que a garantia do tratamento igualitário seja conferida pelo simples enunciado do amplo acesso à justiça[509], independentemente das condições materiais específicas que cercam a vida das pessoas.

É preciso balizar a atuação judicial na conformação e no controle da execução do orçamento, com o soerguimento de regras que possam privilegiar a tutela do interesso coletivo na prestação dos serviços públicos. Vale mencionar, na tentativa da construção destes parâmetros de atuação, a decisão proferida no pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178[510], formulado pelo Município de Fortaleza/CE. Neste pedido, a Presidência do STF considerou necessário distinguir situações, criando parâmetros para apreciar o pedido. Estes são os parâmetros constantes da decisão:

> a) a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público à determinada política pública de saúde parece ser evidente.

---

[509] Constituição Federal. Artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[510] Existe decisão no mesmo sentido proferida no processo Suspensão de Liminar nº 47 AgR, pelo Ministro Gilmar Mendes, pronunciada em 17 de março de 2010. Destaco que ambas foram questionadas ao Tribunal Pleno do STF pela via do agravo regimental, tendo o Tribunal deliberado, nos dois processos pela manutenção das decisões do Presidente, negando provimento aos agravos regimentais. Julgamentos ocorridos em 17 de março de 2010, com a composição completa e votação unanime. Presentes no julgamento: Gilmar Mendes (presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

> b) Caso a prestação de saúde pleiteada não esteja entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação.
>
> c) A existência ou não de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS, dados as seguintes hipóteses: 1) existência, no âmbito do SUS, de tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2) existência de tratamento diverso do escolhido pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente; 3) quando o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.
>
> d) Inexistindo tratamento na rede pública, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Destaco que a decisão monocrática acima mencionada foi questionada ao STF pela via do agravo regimental, sendo integralmente mantida[511]. Nos debates, destaco a manifestação do Ministro Carlos Ayres relativamente à possibilidade do controle realizado:

> Vossa Excelência passou em revista os dispositivos da Constituição versantes sobre saúde na dupla perspectiva de política pública e de direito fundamenta.l, mas teve o cuidado de deixar assentado em seu voto que a decisão judicial é necessariamente contextual, é empírica - aliás, a Ministra Ellen Gracie já havia dito isso em um voto anterior, magnífico, dizendo que esse é o tipo do caso que exige juízo de ponderação, atento o julgador às peculiaridades do caso. Daí Vossa Excelência trazer à tona a questão da ANVISA - e o fez com muita propriedade.

---

[511] Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 175 Ceará: "Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e â segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento."

> Portanto, acho que Vossa Excelência marcou um tento, colocou muito bem a questão sob o ângulo da Constituição e, por último, habilitou devidamente o Poder Judiciário para o controle desse tipo de política pública, sem nenhuma incursão em seara alheia, e resgatou um pouco a tese da constituição dirigente, a constituição que governa quem governa, ou seja, governa permanentemente quem governa quadrienalmente.

A existência de critérios é imprescindível para balizar a atuação do Poder Judiciário, sem o que temos a simples usurpação da função administrativa pelos juízes. Considerando os critérios acima reproduzidos, vemos que representam passo importante na tentativa de formular uma política de atuação judicial. Observe-se a preocupação original com a existência de política pública definida para a questão posta. Presente a política, trata-se de caso de mera aplicação dos paramentos já existentes, o que se situa no âmbito geral de atuação do Poder Judiciário. Ausente a política, indaga-se a existência de razão suficiente para sua inocorrência. Motivada a impossibilidade, verifica-se a compatibilidade desta motivação com a situação de fato do paciente, na expectativa do melhor tratamento possível a ser dispensado. A formulação destes critérios tende a levar em conta não apenas a existência do direito subjetivo individual, mas igualmente a necessidade de preservar a modalidade de atuação planejada do Estado, consoante se verifica na transcrição a seguir de determinado trecho desta decisão:

> Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Os critérios acima erigidos, ao meu ver, não constituem a necessária baliza de atuação do Poder Judiciário, mas representam importante passo no sentido de sua construção. É bem certo ser possível criticar os critérios acima pela consideração de preceitos de difícil definição, como é o caso da constatação judicial da “ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente”, deixando uma margem de atuação na concretude do termo “impropriedade” que não se coaduna com a tentativa da formulação de padrões gerais de conduta. Todavia, a decisão

possui a virtude de considerar como subordinante a definição da política pública definida pelo órgão político, erigindo esta construção como pedra fundamental.

Não é possível deixar de concordar com a conclusão exposta por Avelãs Nunes quando considera que o direito à saúde constante no artigo 196 de nossa Constituição Federal se apresenta, acima de tudo, como um direito coletivo – um direito de todos ao acesso universal e igualitário às prestações dos serviços de saúde; um direito que o Estado deve garantir através de políticas públicas sociais e econômicas e não apenas por meio da dispensação de medicamentos e custeio de tratamento (NUNES, 2010).

O controle a ser realizado pelo Poder Judiciário deve incidir sobre a política eleita pelos órgãos legitimados para a realização das escolhas políticas que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo e o modo como está política é desenvolvida em função da norma orçamentária que materializa, no plano da alocação de recursos, a escolha realizada. Se a política escolhida é compatível com a Constituição Federal, se o orçamento está formado em consonância com esta opção e se a norma orçamentária está sendo cumprida corretamente pelos órgãos administrativos encarregados de sua execução, não existe a possibilidade da intervenção judicial para modificar o rumo da atuação dos organismos do Estado.

A opção da correção judicial ocorre quando existe flagrante e manifesta violação da opção constitucional ou quando existe o descumprimento, por ação ou omissão, dos agentes políticos e administrativos da norma do orçamento, deixando de implementar ou implementando em desvio de finalidade, a norma do orçamento, propiciando a negação do direito fundamental implementado na forma previamente escolhida pelos órgãos de deliberação política do Estado.

Veja-se determinado trecho da decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello na já citada ADPF nº 45 – MC[512]:

---

[512] Ver nota 443

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade." (grifos nossos)

Desta forma, além da possibilidade do controle da compatibilidade da política pública com a Constituição na hipótese de flagrante contradição com os direitos fundamentais reconhecidos na carta constitucional, abre-se ao Poder Judiciário a possibilidade de verificação da veracidade das razões afirmadas pelo Estado em função de sua própria política pública eleita.

Tal deve ser considerado como a regra a ser observada na hipótese de atuação do Poder Judiciário na verificação da constitucionalidade ou legalidade na execução da norma orçamentária. A opção deve ser realizada em função da preservação de políticas coletivas, que possibilitem a todos a fluência do direito fundamental em detrimento do tratamento meramente individualizado deste direito. Assim, existente a legítima opção política autorizada pela Constituição, a execução do orçamento deve ser realizada em seu cumprimento, cabendo ao Poder Judiciário verificar a correta implementação desta política pública, fazendo valer a opção parlamentar que, legitimamente, conformou o orçamento público.

Não é possível desconhecer a existência de decisões do STF em sentido contrário. Em situações, a Corte considerou admissível a fixação de despesa por atividade a ser atendida, independentemente do limite de valores posto à disposição

para atendimento a uma determinada demanda. Exemplificativamente, trata-se do caso decidido no Recurso Extraordinário nº 207732-1[513] em que foi mantida decisão que determinava ao Estado o custeio de prova pericial necessária, independentemente de limitação orçamentária, considerando que o Estado não pode se omitir em dar a maior eficácia possível a uma garantia importante ao Estado de Direito como é a do acesso efetivo à prestação jurisdicional. Na hipótese, a discussão sobre a existência ou não de valores no orçamento para custeio da despesa tornou-se irrelevante, considerando a existência de obrigação de direito fundamental que deva ser suportada pelo Estado.

Não creio que decisão deste jaez possa servir de base para a formulação de uma concepção geral de controle do orçamento, já que esta decisão significa a própria negação do princípio do orçamento, bem como negação da necessidade de racionalidade e controle na atuação do Poder Público e, especialmente, na realização dos seus gastos.

A jurisprudência do STF, como vimos, tem avançado significativamente na realização do controle de norma do orçamento. A superação da posição de alheamento para uma ampla possibilidade de intervenção propicia a realização de controle pela sociedade em limites ainda não delimitados, estando aberto o debate a respeito.

Todavia, para além das questões já levantadas, existem alguns pontos ainda não explorados ou enfrentados nas decisões proferidas pelo Supremo, as quais devem ser objeto de preocupação, considerando os limites para controle do orçamento público. O primeiro ponto diz respeito à preservação do critério do administrador na gestão do orçamento, ante a possibilidade da inserção de vinculação de despesa não prevista na Constituição Federal.

Na hipótese, como veiculada na ADI nº 820, impede que o legislador, inclusive o constituinte estadual, possa criar uma vinculação de despesa não

---

[513] Julgado em 11 de junho de 2002 e publicado em 02 de agosto do mesmo ano, sendo relatado pela Ministra Ellen Gracie.

expressa na Constituição Federal, porém contemplada na excepcionalidade do artigo 167, IV da Constituição, com o sentido de preservar a autonomia de atuação do Poder Executivo, prioritariamente encarregado da gestão do orçamento. Ora, não vemos como seria defeso ao Poder Legislativo deliberar pela existência de determinada política pública e prever, no orçamento, recursos necessários à sua efetivação, observada a literal disposição limite do artigo 167, IV da CF. Ou seja, é possível ao Poder Legislativo prever a realização de políticas dentro das áreas de saúde e educação, discriminando onde estes valores devam ser aplicados, sem vulnerar o princípio da separação de poderes. A atuação neste sentido é de formação de política pública nestas áreas, o que está perfeitamente enquadrado dentre as atribuições do Poder Legislativo, sem que isto implique em inconstitucional limitação do Poder Executivo.

Ademais, vemos que o orçamento é uma decorrente da atuação conjunta do Poder Legislativo e Executivo, com as limitações relativas à iniciativa e à emenda parlamentar. A apresentação do projeto e a possibilidade de veto são atos privativos do Poder Executivo, sendo possível sua alteração pelo Parlamento, com as restrições exaustivamente postas na Constituição. Afora estas limitações, a conformação do orçamento é tarefa conjunta dos Poderes, sendo admissível a formulação de política de iniciativa parlamentar. Não existe inconstitucionalidade na existência de uma previsão normativa na destinação de recursos, materializando uma política pública, em área para onde a Constituição Federal já prevê a vinculação.

Cremos que a decisão do STF, materializada na ADI nº 820, ao deixar de considerar a possibilidade de atuação do Poder legislativo na elaboração do orçamento, privilegiando a gestão do orçamento pelo Poder Executivo, cuja atuação regrada decorre da aplicação concreta do princípio da legalidade, não foi feliz. A tarefa do orçamento é materializar opções políticas que decorrem da deliberação dos Poderes, tarefa para a qual o Legislativo está constitucionalmente habilitado.

Ademais, a competência do Poder Legislativo atuar infirmando despesas nunca foi objeto de discussão do tribunal. Note-se o decidido nas ADI-MC nº 4048 e

4049 quanto à possibilidade de deliberação do Parlamento na aprovação de determinados créditos à conta de extraordinários. Naqueles julgamentos a discussão se deu quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário e não quanto à deliberação do Congresso Nacional na qualificação destas despesas, pois os votos proferidos não deixam de destacar o controle que deve ser realizado pelo Congresso Nacional.

O poder/dever do Parlamento em apreciar este tipo de ato não está sujeito a discussão no STF, debatendo-se se a deliberação do Parlamento afasta a possibilidade de atuação do Poder Judiciário na conformação da legalidade constitucional. A conclusão majoritária da Corte tem sido no sentido da ampla sindicabilidade destes atos em face aos limites constitucionais explícitos pelo Poder Judiciário em geral e pelo STF, no particular, contudo sem jamais excluir a possibilidade do legislativo na apreciação das matérias de sua competência.

Desta feita, é possível concluir ser tarefa do corpo legislativo a escolha de políticas públicas, políticas estas que são materializadas pelo orçamento. Assim, a existência de política vinculante, conformada por iniciativa parlamentar, não viola a Constituição Federal.

Também é necessário aprofundar o debate relativo à existência de vinculação objetiva entre as normas orçamentárias, para a finalidade específica de reforçar a densidade normativa da primeira em face da segunda e sucessivamente, de sorte a espelhar a realidade de um sistema de dependência concêntrica, em graus decrescentes de generalidade. Note-se a discussão realizada pelo STF, a quando do julgamento da ADI-MC nº 4167, da correspondência entre LDO e a LOA, onde a decisão proferida foi no sentido considerar a existência de presunção de compatibilidade entre a LDO, a LOA e a despesa aprovada, de sorte a viabilizar a execução orçamentária, necessitada da satisfação dos dois primeiros requisitos. Observe-se também o julgamento da ADI nº 2100[514] e o realizado na ADI nº 2108[515],

---

[514] Ver nota nº 325.

[515] Ver nota nº 326

onde o tribunal, apesar de não conhecer das ações de controle concentrado de constitucionalidade, teceu considerações atinentes a existência de vinculação de compatibilidade entre estas normas orçamentárias.

As decisões não marcam a relação de necessidade entre o PPA, a LDO e a LOA, de sorte que o conteúdo da primeira implicar na segunda norma e, em seguida, na terceira, apesar da redação prevista no artigo 166,§ 3º, inciso I da Constituição Federal, que claramente explicita esta necessidade. No mesmo sentido é a disciplina do artigo 5º da Lei Complementar nº 101/2000.

Ademais, já tivemos a oportunidade de citar a doutrina de José Maurício Conti (2010, p. 51) que sustenta a possibilidade de interpretação do texto constitucional no sentido da existência de um vínculo de subordinação hierárquica entre estas normas, inobstante sejam da mesma espécie legislativa, de modo que:

> "as previsões do plano plurianual condicionem a elaboração da lei de diretrizes orçamentárias que, por sua vez, delimita os parâmetros a serem seguidos pela lei orçamentária anual".

Valendo citar, igualmente, a posição de Canotilho (1979, p. 19-20), quando considera sua rigidez diferenciada, denominando-as "leis reforçadas", ou seja, leis ordinárias que impõe ou pressupõe a sua não derrogabilidade por leis ordinárias posteriores. Neste sentido, seria uma "fonte atípica", situada entre a norma constitucional e a lei ordinária (conforme nota nº 143). Desta forma, a elaboração da LDO e LOA possui limite material nas disposições do PPA, não podendo ser admitida disposição que não seja harmônica com a forma como esta previsto o Plano Plurianual. O mesmo raciocínio se aplica à LOA em relação à LDO. Estes limites são aplicáveis à elaboração destas normas[516] e, consequentemente, à sua eventual modificação.

É possível e necessário avançar o entendimento da Corte no sentido da existência de uma rigidez especial para as normas do PPA em relação à LDO (artigo

---

[516] Ver nota nº 328

166, § 4º da CF) e desta em face da LOA, de modo que as alterações posteriores na LDO e na LOA devam guardar a compatibilidade com o PPA e com a LDO, respectivamente, preservando o caráter de sistema do orçamento. Ora, se nosso texto constitucional disciplina a necessidade de uma norma posterior (LDO em relação ao PPA e a LOA em relação ao PPA e à LDO) guardar compatibilidade com a anterior, considera existir uma dependência entre elas de modo que o conteúdo de uma significa o resultado das que lhe sucedem em caráter decrescente de generalidade. Admitir que uma alteração da LOA fosse válida em face a LDO pelo simples argumento de que ambas estão no mesmo plano hierárquico como normas (leis ordinárias) é desconhecer o caráter de sistema que a Constituição pretendeu ao integrar estas três normas. Desta forma, a modificação das normas do orçamento deve manter a compreensão sistêmica deste, com a possibilidade da realização de controle de legalidade, pela existência de disposição incompatível e, inconstitucionalidade pela violação dos artigos 166, § 3º, inciso I e § 4º do mesmo dispositivo.

Observe-se que ainda existe muito a construir em relação à possibilidade da jurisprudência do STF no controle das normas orçamentárias, tratando-se de um debate posto para garantir uma ampla participação da sociedade civil em relação a formação e gestão do orçamento, além de ampliar a controlabilidade da atuação do Poder Público, em relação às normas ordenatórias da Constituição.

A observância das normas da Constituição também implica considerar que a atuação do Poder Judiciário, no controle da legalidade, incide na observância da legislação do orçamento, como resultado do processo complexo de elaboração legislativa, decorrente da conjunção de vontade manifesta do Poder Executivo e Legislativo, verificando se a atuação do Poder Público está em consonância com as opções existentes no orçamento e reconhecidas como alternativas válidas ao final do processo legislativo. Desta feita, a atuação do Poder Judiciário se volta para garantir a normatividade da legislação orçamentária e o respeito pelas escolhas políticas manifestadas a partir da aprovação das leis que integram o sistema orçamentário, nulificando a ação ou omissão que possa violar a norma orçamentária. Trata-se do mero reconhecimento da capacidade normativa da lei do orçamento,

possibilitando regular conduta e tutelar direito subjetivo a partir de sua vigência. Neste sentido se retorna à concepção do orçamento como lei em sentido material e formal, com a aptidão de regular a conduta estatal e gerar direito subjetivo na hipótese de descumprimento de seus termos.

Editada a norma orçamentária, com a alocação de recursos para a execução de programas e despesas definidos, compete ao administrador público dar cumprimento a esta opção, realizando a despesa e satisfazendo o direito nos termos da legislação aprovada. Não lhe é lícito omitir a execução ou dar-se sentido diverso, por discordar do alcance aprovado. Nestes termos, sua atividade se vincula à norma do orçamento, escusada a hipótese de impossibilidade material, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade do ato praticado, seja no sentido de preservar o orçamento de aplicação de recursos em sentido diverso do que determina a norma infraconstitucional, seja no sentido de compelir o administrador a cumprir os ditames do orçamento procedendo às despesas nele previstas em função dos direitos que a norma visa a resguardar e/ou a implementar.

Possibilitar o controle da formação e da execução do orçamento nestes parâmetros significa fortalecer o processo democrático de preservação das escolhas políticas, realizadas pelos órgãos legitimados para a tomada destas, na defesa da expressão da vontade popular, conformada por meio da periódica opção eleitoral, entre meios e maneiras de apropriadamente cumprir os ditames da Constituição Federal, preservando o sistema político que foi avalizado pelo processo constituinte.

Neste sentido, convém destacar a lição de Sainz de Bujanda (1962, p.108), quando afirma não ser possível esquecer a doutrina que fixa a visão constitucionalmente necessária a respeito do orçamento e de sua posição em relação aos demais ramos do direito. O direito orçamentário, considerado como uma parte do direito financeiro do Estado abrange as regras jurídicas segundo as quais devem ser formado, aprovados e fiscalizados os atos dos poderes públicos destinados a fixar, para cada exercício, o valor dos gastos, a origem e o montante da receita que podem dispor para este fim. Desta feita, este ramo do direito também deve compreender as leis de programa que fixa o montante global destinado a

custear os gastos que viabilizem a realização de obras que demandem a execução compreendendo vários exercícios financeiros. O orçamento e os impostos devem ser regulamentados juridicamente tendo em consideração, de modo primário, a função que cumprem dentro da vida financeira do estado em função dos objetivos econômicos e sociais eleitos. Neste sentido é desejável que se realize um esforço para estabelecer uma ligação entre os princípios e as regras fundamentais que devem orientar a atuação da Administração Pública, no campo orçamentário, para satisfazer os postulados de justiça social, que constitui o fundamento da política econômica.

6 CONCLUSÃO

O objetivo da presente tese é demonstrar em que medida é possível conceber o controle judicial na formação e na execução do orçamento público.

Não é possível conceber a negação ao controle judicial de instrumento essencial para o desenvolvimento da vida nacional e a persistente recusa em considerar a prevalência das disposições constitucionais para regular a atividade do Estado na formação e na execução de seu orçamento. A sujeição da Administração Pública às leis esbarrava na aplicação de seu orçamento. A aparência é que a sujeição dos atos administrativos à lei e à Constituição tinha por singular exceção a lei orçamentária.

Contudo, ao final da pesquisa, cremos ser possível concluir em sentido contrário. O orçamento é lei, produto de uma escolha realizada pela conjunção das vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo e resultante de um processo de atuação planejada do Poder Público, de modo a direcionar a atuação estatal para a consecução dos objetivos previstos em nossa Constituição.

Neste sentido, foi dada especial ênfase à existência de prévia decisão política constitucional quanto ao modo como será formado o orçamento e a necessidade de cumprimento desta decisão pelos órgãos políticos, considerando a existência desta decisão como uma baliza importante para delimitar a área de atuação dos Poderes do Estado. Nosso orçamento não é um amontoado de emendas e propostas, com a alocação de recursos, considerados relevantes pela discrição anual, porém é a materialização e o instrumento de efetivação de políticas e ações explicitas na Constituição, cuja preservação é tarefa de todos os Poderes, sem excluir, evidentemente, o poder judicial.

A concepção de orçamento que surge com a Constituição Federal de 1988 possui dois sentidos paralelos e complementares: o primeiro diz respeito ao orçamento como mecanismo de planejamento, com a finalidade de realizar os objetivos fundamentais da República; o segundo diz respeito à ampliação das

atribuições e responsabilidades do Congresso Nacional. Neste sentido, temos que o orçamento não é mais apenas uma peça limitadora dos gastos da Administração Pública, cuja gestão pertence ao Poder Executivo. Sua função passa a ser de instrumento para expressar a vontade do Poder Público na satisfação ou atendimento de determinada necessidade considerada relevante, resultante de planejamento desdobrado a partir do Plano Plurianual, passando pela Lei de Diretrizes Orçamentária, até o detalhamento da Lei de Orçamento Anual. O orçamento é resultante do planejamento e o agir administrativo que implementa a vontade da lei passa a ser objeto de controle, cabendo aos Poderes Públicos a verificação da correspondência da atuação do gestor do orçamento com os motivos que determinam esta atuação.

Em princípio, o atendimento aos direitos e as necessidades públicas se materializam pela opção administrativa na sua satisfação a partir da alocação de recursos no orçamento público. Realizada a opção pelo implemento de determinada política pública, a atuação administrativa pela sua execução se impõe como decorrente do princípio da legalidade. Não se trata de uma faculdade ou possibilidade de atuação do gestor público, mas sim de um dever legal ao qual apenas se pode furtar mediante fundada justificativa, passível de verificação pelos órgãos internos e externos de controle do agir administrativo, destacando-se o Poder Judiciário.

Tomada a opção política, a respeito do direito a ser implementado/satisfeito, pelas instâncias legitimadas para a realização desta escolha, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle da constitucionalidade e legalidade das normas que demandam a realização das ações queridas no ordenamento jurídico. Neste agir, temos a existência de dois planos concomitantes: a constitucionalidade e a legalidade.

O plano da constitucionalidade trata da verificação da conformação do orçamento ou de sua execução em relação com as normas constitucionais que regulamentam a realização da despesa pública, observados os próprios parâmetros constitucionais de aplicabilidade, de sorte a preservar a normatividade da

Constituição Federal, tendo em vista a expressa decisão do poder constituinte em definir procedimentos no texto da Constituição. Assim, a existência de balizas constitucionais definidas autoriza a atuação do Poder Judiciário, inclusive sobre o procedimento de execução do orçamento, invalidando o ato legislativo ou administrativo que viole a Constituição.

Em nossa realidade constitucional é perfeitamente possível ao Poder Judiciário atuar na conformação do direito constitucional, superando a vontade do legislador e do administrador, na tutela de direitos individuais e coletivos resguardados pela Constituição. Neste caso, o poder dos órgãos judiciais permite sua atuação no sentido de nulificar legitimamente as deliberações dos Poderes Executivo e Legislativo, restabelecendo a vontade da Constituição.

O controle a ser realizado pelo Poder Judiciário deve incidir sobre a política eleita pelos órgãos legitimados para a realização das escolhas políticas que são o Poder Executivo e o Poder Legislativo e o modo como esta política é desenvolvida em função da norma orçamentária que materializa, no plano da alocação de recursos, a escolha realizada. Contudo, se a política escolhida é compatível com a Constituição Federal, se o orçamento está formado em consonância com esta opção e ainda, se a norma orçamentária está sendo cumprida corretamente pelos órgãos administrativos encarregados de sua execução, não existe a possibilidade da intervenção judicial para modificar o rumo da atuação dos organismos do Estado

A opção da correção judicial ocorre quando existe flagrante e manifesta violação da opção constitucional ou quando existe o descumprimento, por ação ou omissão, dos agentes políticos e administrativos da norma do orçamento, deixando de implementar ou implementando em desvio de finalidade, a norma do orçamento, propiciando a negação do direito fundamental implementado na forma previamente escolhida pelos órgãos de deliberação política do Estado

A atuação do Poder Judiciário no controle da legalidade incide na observância da legislação do orçamento, como resultar do processo complexo de elaboração legislativa, decorrente da conjunção de vontade manifesta do Poder Executivo e

Legislativo, verificando se a atuação do Poder Público está em consonância com as opções existentes no orçamento e reconhecidas como alternativas válidas ao final do processo legislativo. Desta feita, a atuação do Poder Judiciário se volta para garantir a normatividade da legislação orçamentária e o respeito pelas escolhas políticas manifestadas a partir da aprovação das leis que integram o sistema orçamentário, nulificando a ação ou omissão que possa violar a norma orçamentária. Trata-se do mero reconhecimento da capacidade normativa da lei do orçamento, possibilitando regular conduta e tutelar direito subjetivo a partir de sua vigência. Neste sentido se retorna â concepção do orçamento como lei em sentido material e formal, com a aptidão de regular a conduta estatal e gerar direito subjetivo na hipótese de descumprimento de seus termos.

Este trabalho buscou reconhecer a possibilidade de controle da formação e execução das normas orçamentárias em relação aos parâmetros definidos por opções políticas claras. Inicialmente perante a Constituição, ante a manifesta emanação da vontade do Poder Constituinte e, posteriormente, perante a própria norma orçamentária, seja no sentido de preservar o orçamento de aplicação de recursos em sentido diverso do que determina a norma infraconstitucional, seja no sentido de compelir o administrador a cumprir os ditames do orçamento procedendo às despesas nele previstas em função dos direitos que a norma visa a resguardar e/ou implementar.

Cremos que a possibilidade do controle da formação e da execução do orçamento sob parâmetros significa fortalecer o processo democrático de preservação das escolhas políticas realizadas pelos órgãos legitimados para a tomada destas decisões, na defesa da expressão da vontade popular, conformada por meio da periódica opção eleitoral entre meios e maneiras de apropriadamente cumprir os ditames da Constituição Federal, preservando o sistema político que foi avalizado pelo processo constituinte.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor ; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** Madri: Trotta, 2004.

AGRA, Walber de Moura. “Artigo 103, parágrados 2º e 3º.” In: BONAVIDES, Paulo, Jorge Miranda ; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1363-1369.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXU, Robertt. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. **Discricionaridade política do Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá , 2007.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Controle concentrado de constitucionalidade e segurança jurídica no sistema brasileiro. In: SCAFFf, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro . **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 241-254.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à ciência das finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARBOSA, Ruy. **Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo perante a Justiça Federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora 7, 1893.

BARRETO, Tobias. **Obras completas IX** : questões vigentes. São Paulo: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BARRÈRE, Alain. **Teoria econômica e impulso Keynesiano**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **A garantia jurisdicional da Constituição Brasileira.** São Paulo: Método, 2009.

BELCHIOR, Procópio. **Orçamento-programa**. Rio de Janeiro: Pallas, 1976.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **Os antecedentes da tormenta.** Campinas:FACAMP; São Paulo: UNESP, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **A constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituiçao e superação das desigualdades regionais.In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p.74-107.

BEREIJO, Alvarez Rodríguez. **El presupuesto del estado**. Madri: Editorial Tecnos, 1970.

_____. **Introduccion al estudio del derecho financiero**. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1976.

_____.Laband y el derecho presupuestario del Imperio Aleman.In: LABAND, Paul. **El derecho presupuestario**. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1979. p. 9-73.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BLACK, Edwin. **A guerra contra os fracos**. São Paulo: A Girafa, 2003.

BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de Andrade. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. Congresso. Senado Federal. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria do Orçamento Federal. **Manual técnico do orçamento - MTO** - 2010. Brasília, 2009.

BRITO, Carlos Ayres de. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP** , p.82-88, 1993.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y derecho**. Madri: Instituto de Estudios Politicos, 1962. v.1.

CAMPOS, Dejalma. **Direito financeiro e orçamentário**. São Paulo: Atlas, 2006.

CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v.2

_____. O problema da natureza jurídica do orçamento público. **Revista do Serviço Público,** p. 99, 1949.

CANOTILHJO, J. J Gomes. A Lei do orçamento na teoria da lei. Separata de: **Boletim Especial da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, 1978.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado dos impostos** : estudo theorico e pratico. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

CERQUEIRA, Marcello. **A Constituição na história.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

COELHO, Jurandir. **Teoria e processo do orçamento**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1952.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____**. Direito público:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Muda Brasil:** uma constituição para o desenvolvimento democrático. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CONTI, José Maurício (Org.) **Orçamentos públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **A autonomia financeira do Poder Judiciário**. São Paulo: MP Editora, 2006.

CONTI, José Maurício. Planejamento e responsabilidade fiscal. In: SCAFF, Fernando Facury ; CONTI, José Maurício . **Lei de Responsabilidade Fiscal 10 anos de vigência** : questões atuais. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 39-56.

CORTI, Horacio Guillermo. **Derecho constitucional presupuestario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

CRUZ, Flávio da. **Comentáros à Lei nº 4.320**. São Paulo: Atlas , 2008.

CUNHA JUNIIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DAVIDSON, Paul. Colocando as evidências em ordem: macroeconomia de Keynes versus velho e novo keynesianismo. In: LIMA, Gilberto Tadeu; SICSÚ, João ; PAULA, Luiz Fernando de. **Macroeconomia moderna**. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 397.

DILLARD, Dudley. **A teoria econômica de John Maynard Keynes.** São Paulo: Pioneira, 1993.

DUARTE, Tiago. **A lei por detrás do orçamento**. Coimbra: Almedina, 2007.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutiona**l. Paris, 1911.v.2

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: M. Fontes, 2000.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administracion.** Navarra: Aranzadi, 2005.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

FRANCO, Antonio L. de Sousa. **Finanças públicas e direito financeiro**. Coimbra: Almedina, 1992.

GALGANO, Francesco. **Historia del derecho mercantil**. Barcelona, 1980.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GONZÁLEZ, Saturnina Moreno. **Constitución y leyes de acompañamiento presupuestario**. Navarra: Aranzadi, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____.Resenha de um prefácio.In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 423-436.

HAURIOU, Maurice. **Principios de derecho público y constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2003.

HELENA, Eber Zoehler Santa. **Competência parlamentar para geração e controle de despesas obrigatórias de caráter continuadas e gastos tributários.** Brasília: Edições Câmara, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções.** 9.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

_____ **A era do capital (1848-1875)**. Tradução Luciano Costa Neto. 3.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

_____. **Era dos extremos** : o breve século XX. Tradução Marcos Santarrita. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Os Trabalhadores** : estudos sobre a história do operariado. Tradução Marina Leão Teixeira Viriato de Medeiros. 2.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

HOBSBAWM, Eric. **Tempos interessantes**: uma vida no século XX. Tradução. S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Rio de Janeiro: Zahar , 1981.

IANNI, Octávio. **Estado e planejamento econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

IRUESTE, Jose Maria Lozano. **Introduccion a la teoria del presupuesto**. Madri: Intituto de Estudios Fiscales, 1983.

JELLINEK, Georg. T**eoria general del estado**. Buenos Aires: Albatros, 1970.

JESCH, Dietrich. **Ley y administración** : estudio de la evolucion del principio de legalidad. Madri: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

JÈZE, Gaston. **Cours de science des finances et de législation financière française**. Paris: Giard, 1922.

_____. **Principios generales del derecho adminstrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1950. v.4, 5 e 6.

_____.**Traité de science des finaces, le budget**. Paris: Giard et Brière, 1910.

KELSN, Hans. J**urisdição constitucional.** São Paulo: M. Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1986.

KEYNES, John Maynard. **Teoria geral do emprego, do juro e da moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

LABAND, Paul. **El derecho presupuestario**. Tradução Jose Zamit. Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LAGO, Miguel Ángel Martínez. **Ley de presupuestos y constitución.** Madri: Trotta, 1998.

Lapatza, José Juan Ferreiro. **Curso de derecho financiero español**. Madri: Marcial Pons, 1998. v.1

LASKI, Harold J. **O liberalismo europeu.** Tradução Alvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Victor Nunes. A renovação de métodos do Supremo Tribunal Federal e a súmula de sua jurisprudência predominante. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Imprensa Nacional, 1999. p.45-58.

_____.A separação de poderes nos quadro político da burguesia. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de dfireito público e outros problemas.** Brasília: Imprensa Nacional, 1999. p. 18-36.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A administração da justiça no estado social.In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira . **Estudos em homenegem ao Professor JJ Gomes Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363-394.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 43, n. 172, p.37-44, out./dez. 2006.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARÉS, José Frederico. Soberania do povo, poder do estado.In:NOVAES, Adauto (Org.). **A crise do estado-nação**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 230-256.

MARX, Karl. **Contribuição para a crítica da economia política:** obras escolhidas de Marx e Engels. Lisboa: Avante!, 1982. v.1.

MARX, Karl. **O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte:** obras escolhidas de Marx e Engels. Lisboa: Avante!, 1982. v.1.

MAUÉS, Antonio G. Moreira ; SCAFF, Fernando Facury . A proteção dos direitos fundamentais em um sistema misto de justiça constitucional.In: MAUÉS, Antonio G Moreira; SCAFF, Fernando Facury. **Justiça constitucional e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11-73.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolhas orçamentárias**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira.** Rio de Janeiro: F. Bastos, 1954. v.2

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira.**Jurisdição constitucional**.São Paulo: Saraiva , 1996.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva . **Controle concentrado de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____.COELHO, Inocencio Martires; GONETE BRANCO, Paulo Gustavo . **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi , 1963. v.3

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.v.3

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **O Espírito das Leis**. Tradução. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2.ed. Brasília: UNB, 1995.

MUSGRAVE, Richard, A. **Teoria das Finanças Públicas**. São Paulo, Atlas, 1974.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Gestão pública.** São Paulo: Saraiva, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. **Direitos Fundamentais & Justiça** , n.11, p.85-109, 2010

.

NUNES, Antonio José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde.In: CONGRESSO INTERNACIONAL SOBRE DIREITO SANITÁRIO. Porto Alegre, 2010.

OLIVEIRA, Ary Brandão de. Direitos sociais vs desenvolvimento nacional. In: SCAFF, Fernando Facury. **Ordem econômica e social** : estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira. São Paulo: LTr , 1999. p. 75-107.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela jurisdicional e estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**. Coimbra: Almedina, 2003.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos do governo pela jurisdição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PINTO, Élida Graziane. Contingenciamento das despesas e esvaziamento do controle legislativo sobre a execução orçamentária.In: FORTINI, Cristiana, Julio Cesar Esteves Santos dos; DIAS, Maria Tereza Fonseca . **Políticas públicas** : possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 69-106.

PINTO JUNIOR, Mário Engler. Desafios para adoção do orçamento impositivo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo,** p.77-95, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PONTES, João Batista; PEDERIVA, João Henrique. **Contas Prestadas pelo Presidente da República**: apreciação do Congresso Nacional. (Textos para discussão, n.14).

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicia**l. Coimbra: Coimbra , 2000.

_____. **O parlamento como factor de decisão política.** Coimbra: Coimbra, 2009.

RODRIGUES, Leda Boechat. **A côrte suprema e o direito constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROSA, Luiz Emyglio F. da. **Manual de direito financeiro & direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROURE, Agenor Lafayette de. **Formação do direito orçamentário brazileiro**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1916.

SABBAG, César. **Orçamento e desenvolvimento**. Campinas: Millennium, 2007.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. O ciclo orçamentário: uma reavaliação à luz da constituição de 1988. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 1993.

SANTANA, Jair Eduardo. **Limites da decisão judicial na colmatação de lacunas.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCAFF, Fernando Facury. A constituição econômica brasileira em seus 15 anos.In: SCAFF, Fernando Facury; MAUÉS, Antonio Moreira; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Direitos fundamentais & relações sociais no mundo contemporâneo.** Curitiba: Juruá, 2005. p. 175-218.

SCAFF, Fernando Facury. A dívida pública com precatórios após 10 anos da LRF ou como *a Resolução 40/2001 do Senado caloteou a República.I*n: SCAFF, Fernando Facury ; CONTI, José Maurício. **Lei de Responsabilidade Fiscal 10 anos de vigência** : questões atuais. Florianópolis: Conceito , 2010. p.57-76.

_____; SCAFF, Luma Cavaleiro de Macedo. Das finanças públicas.In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. **Comentários à Constituição Federal de 1988.** São Paulo:Forense, 2009. p.1907-1930.

_____. **Responsabilidade do estado intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BENETTI, Luciano Timm. **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado , 2008. p. 149-172.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucio**n. Cidade do Mexico: Nacional , 1970.

SEN, Amartya e Bernardo Klisksberg. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SERRA, José. As vicissitudes do orçamento. **Revista de Economia Política** , p.143-149, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros , 1999.

_____. **Comentário contextual à constituição.** São Paulo: Malheiros, 2007. p. 520.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros , 2009.

_____. **Orçamento programa no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. .Arts. 59 ao 69. In:BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGVRA, Walber de Moura . **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 979-1048.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais - leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá , 2007.

SINGER, Paul. **Os pensadores - Keynes**. São Paulo: Abril, 1978.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do estado**. São Paulo: Saraiva, 2005.

STOURM, René. **Cours de finances** : le budget. Paris: Guillaumin, 1900.

STRECK, Lênio Luiz. Analise critica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas da concretização dos direitos fundamentais. In: SCAFF, Fernando Facury. **Constitucionalizando direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.125-174.

SWISHER, Carl Brent. **Decisões históricas da Côrte Suprema.** Rio de Janeiro: Forense, 1964.

TACITO, Caio. **Estudos em homengem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional** . São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOMBINI, Tildo Noelmo. Orçamento-programa, seu papel no planejamento. **Revista Associação Brasileira do Orçamento Público**, p.15, 1976.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v.5

TOUCHARD, Jean. **Histórias das idéais políticas**. Lisboa: Europa-América, 1970.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. Belém: CEJUP, 1999.

VÈRGEZ, Juan Calvo. **El control del presupuesto en la nueva ley general presupuestaria.** Madri: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

VIANNA, Segadas. **Instituições de direito do trabalho**.São Paulo: LTr, 1991. v.1

WAGNER, Francisco Sosa. **Maestros alemanes del derecho publico**. Madri: Marcial Ponts, 2005.